image
not
available





ŒUVRES

DE M.

DENIS LE BRUN

AVOCAT AU PARLEMENT.

TOME I.

Contenant le Traité des Succeſſions.

TOME II.

Contenant le Traité de la Communauté entre Mari & Femme.

Avec un Traité des Communautez ou Societez tacites.



TRAITÉ DES SUCCESSIONS

DIVISÉ EN QUATRE LIVRES.

Le Premier, De ceux à qui l'on ſuccede, & de ceux qui ſuccedent.

Le Second, Des choſes auſquelles on ſuccede.

Le Troiſiéme, Des manieres de ſucceder.

Le quatriéme, Des charges des Succeſſions.

Par Feu Mᵉ DENIS LE BRUN, *Avocat au Parlement.*

TROISIÈME EDITION.

Augmentée d'Additions, trouvées dans les Manuſcrits de l'Auteur.

Dédié à M. COCHET DE SAINT-VALIER, *ſecond Preſident des Requeſtes du Palais.*

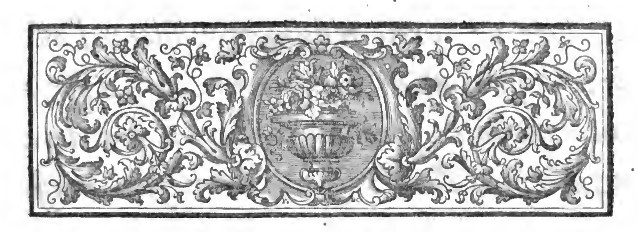


A PARIS, RUE SAINT JACQUES,

Chez MICHEL GUIGNARD, & CLAUDE ROBUSTEL, près la Fontaine Saint Severin, à l'Image Saint Jean.

M. DCC. XIV.

AVEC PRIVILEGE DU ROY.



A MESSIRE

MELCHIOR COCHET DE SAINT VALIER,

CONSEILLER DU ROY EN SES CONSEILS, SECOND PRESIDENT DES REQUESTES DU PALAIS.



MONSEIGNEUR,

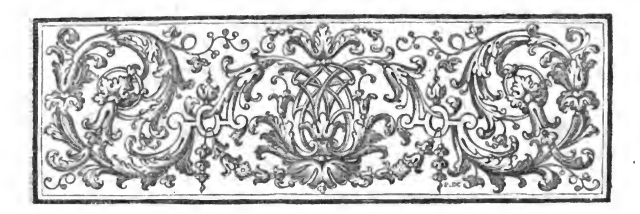
L'estime particuliere que vous avez toûjours eue pour la Personne & les Ouvrages de Monsieur le Brun, nous engage à prendre la liberté de vous offrir son Traité des Successions, après avoir fait nos efforts pour le porter à sa perfection, en y ajoûtant les dernieres remarques de ce sçavant Auteur. Il n'y a guere de Traité dont l'usage soit plus important & plus universellement necessaire; puisqu'à l'exception de ceux qu'une

extrême pauvreté réduit à considerer l'avenir & le passé d'un œil indifférent, il n'y a personne qui n'ait intérest de connoistre ou ses droits à la succession d'autrui, ou les moyens d'assurer la sienne. Il seroit à souhaiter pour nous, **MONSEIGNEUR**, *qu'il nous fût permis de publier ici les Eloges que nous avons souvent entendu faire à nostre illustre Auteur, des rares qualitez que vous possedez. Avec quelle satisfaction parlerions nous après luy, de cette pénétration vive qui vous fait déveloper en un moment les difficultez des affaires les plus obscures; de cette assiduité laborieuse avec laquelle vous remplissez depuis plusieurs années tous les devoirs de la magistrature, & de cette admirable solidité d'esprit qui vous éloigne de tous les divertissemens inutiles, pour vous attacher tout entier aux fonctions de vostre auguste Ministere? L'illustre Compagnie dont vous estes,* **MONSEIGNEUR**, *a vû des fruits précieux de cette application continuelle dans l'excellent Traité de l'Indult que vous avez donné, & qui fera toûjours désirer*

que ce ne ſoit pas le ſeul Ouvrage qui ſorte de vos mains. Voſtre Caractere eſt tellement éloigné des Louanges les plus juſtes; **MONSEIGNEUR**; *& nous avons reçû de vous des ordres ſi précis ſur ce ſujet, que pour y obéir nous nous renfermons dans le témoignage public que nous vous rendons icy de noſtre veneration, & de la reconnoiſſance que nous inſpirent les bontez dont vous nous honorez. Nous ſommes avec un profond reſpect,*

MONSEIGNEUR,

Vos tres-humbles & tres-obéïſſans Serviteurs,
GUIGNARD & ROBUSTEL.



PREFACE.

Tous les hommes desirent naturellement de sçavoir qui succedera après leur mort, aux biens dont ils joüissent durant leur vie. Ils ont coutume de consulter à cet effet la Loy des Successions: & ils trouvent ordinairement que comme le Legislateur l'a dressée, suivant le vœu de la nature, & l'inclination la plus generale, elle leur destine pour heritiers, ceux qui auroient esté le sujet de leur propre choix : ils déferent alors à la Loy de leur pays, & abandonnent volontiers leurs biens au cours ordinaire des successions.

Quelquefois aussi leurs affections ne s'accordant pas avec le choix de la Loy, un merite étranger les engage plus, que ne font les liens du sang : où il arrive qu'entre leurs heritiers naturels, il y en a avec qui ils simpatisent davantage, ou dont ils ont reçû plus de complaisance. C'est ce qui donne aux hommes la pensée de disposer de leurs biens, pour satisfaire leur inclination, ou leur gratitude, & ce qui fait le sujet des testamens, qui sont dans le Droit commun un second genre de successions. Les successions *ab intestat* sont uniformes; parce qu'elles dépendent de la Loy municipale, qui est constante dans ses décisions; au lieu que les successions testamentaires varient presqu'autant de fois, qu'on les pratique; parce qu'elles sont l'ouvrage du cœur humain, dont les mouvemens ne sont pas reglez.

Ce Traité ne concerne point les testamens; & le mot de *successions*, qu'il a pour titre, à proprement parler, se doit entendre en Pays Coutumier, des successions *ab intestat*, & non pas des successions testamentaires : parce que les institutions d'heritier sont abolies par la plûpart des Coutumes; excepté les contractuelles, qui tiennent plus des donations entre vifs, que des successions testamentaires. Au surplus, celles-cy ne sont que de simples legs, comme nos testamens ne sont que des codicilles. Ce mot signifie donc dans nostre Droit, des Successions que la Loy, & non pas la volonté du défunt, défere à quelqu'un : qui se doivent à la prévoyance d'une Coutume, & non à la liberalité d'un testateur; où l'on vient par proximité, & par droit du sang, & non par choix, ni par prédilection.

Il y a même des Auteurs qui prétendent, qu'on doit user du mot de successions legitimes, & non du terme de successions *ab intestat;* parce qu'on ne peut pas dire, que quelqu'un laisse sa succession *ab intestat*, quand il ne luy est pas permis de faire de testament : ce qu'ils verifient par l'exemple d'un furieux ou d'un impubere, dont on ne dira pas qu'il soit

ſoit mort *ab inteſtat*, puiſqu'il ne pouvoit pas teſter : d'où ils concluent que comme l'on n'a point en pays Coutumier de veritables teſtamens, l'on n'y a point, non plus, de ſucceſſions *ab inteſtat*.

Que ſi les ſucceſſions, dont il s'agit, ſont legitimes, elles ne ſont pas moins naturelles. Car la Loy qui les defere aux plus proches heritiers, ne fait que ſuivre l'inclination du ſang, & la pante de la nature. Et lors même qu'une Coutume affecte les propres à leur ligne, & qu'à la mort de quelqu'un elle renvoye les biens à l'eſtoc, d'où ils procedent (quoique les heritiers qui en profitent, ſe trouvent quelquefois aſſez éloignez,) il eſt vray de dire, en ce cas, que cette Loy municipale imite la nature, qui aprés avoir formé les corps de divers élemens, ne fait autre choſe, lorſqu'elle les veut diſſoudre, que rompre le ciment qui les unit, & renvoye ainſi à leur centre chacun de ces élemens.

Quand on auroit donc reçû en pays Coutumier pluſieurs genres de ſucceſſions, & quand les legs & les fideicommis pourroient eſtre compris ſous ce mot, il ſeroit toûjours certain que celles dont il s'agit meriteroient ſeules, par leur excellence, la prérogative de ce nom. L'on y voit reluire un certain caractere de Juſtice, qui a fait dire, que la diſpoſition des Coutumes eſtoit le teſtament des ſages. Auſſi on conſidere le cours des ſucceſſions comme celuy des fleuves, qui ſemble n'avoir pour objet, que de porter partout avec luy la fécondité ; au lieu qu'on regarde les diſpoſitions teſtamentaires, comme des torrens, qui ſemblent faits pour troubler l'œconomie de la nature, & laiſſent partout d'aſſez triſtes marques de leur paſſage En un mot, on ſe plaint toûjours des teſtamens, & jamais des ſucceſſions.

On accuſe l'excès des liberalitez de l'un ; & les donations immenſes qu'il a faites dans ſon teſtament, au lieu de ſoûtenir ſa diſpoſition, ſervent à l'ébranler, & à la détruire. L'on croit qu'un autre n'a pas aſſez donné, & qu'il n'eſtoit pas perſuadé que ſa mort eſtoit prochaine, quand il a teſté avec tant de retenue, *bona diſtribuit parcè ; nec ut moriturus*, dit Tacite. Le pauvre teſte plus ſûrement, parce qu'il a peu à donner. *Teſtamentum Vinnii magnitudine opum irritum; Piſonis ſupremam voluntatem, paupertas firmavit.*

Celuy-cy ordonne une longue ſuite de degrez de ſubſtitution, & de crainte de manquer d'heritiers, quoiqu'il ſçache que la Loy limite ſa diſpoſition à un certain nombre de perſonnes, il ne laiſſe pas de la qualifier, & de la vouloir rendre perpetuelle. Un autre regle le rang de ceux qu'il ſubſtitue à ſon heritier, ſur l'ordre de leur naiſſance, ſans conſiderer la fragilité de nos jours, & ſans reflèchir que dans la nature le cœur qui reçoit le premier la vie, ſouffre neanmoins le dernier la mort ; & qu'au contraire, l'œil qui eſt le dernier à recevoir la vie, eſt le premier à la perdre ; qu'enfin il n'y a aucun ordre dans la durée de nos jours.

Celuy-cy mourant armé d'un grand crédit, & ſe faiſant encore craindre aprés ſa mort, l'on reſpecte durant quelque temps ſon teſtament, que l'on caſſe peu après. L'on dit de luy, comme d'un monſtre nouvellement abatu,

Nec adhuc contingere tutum eſt.

sa faveur comme une liqueur enflammée, menace par sa chaleur, & l'on attend qu'elle soit refroidie. Un autre s'avise de multiplier ses testamens, comme s'il vouloit confondre ses dernieres volontez, qu'il s'agit neanmoins de produire, & de faire confirmer. Il imite cette Reine d'Egypte, qui pour soustraire le corps de son mari à la haine de ses ennemis, luy fit faire divers Tombeaux en des lieux fort écartez, & cacha ainsi celuy qui estoit le veritable dépositaire des restes de son époux.

Que dire de ces temps difficiles, où c'estoit une Loy de la servitude, sous laquelle on vivoit alors, d'instituer les Puissances dans son testament, & de les preferer quelquefois à son propre sang? *Nam quamvis minime appeteret hereditates*, dit Suetone, en parlant de l'Empereur Auguste; *ut qui nunquam ex ignoti testamento capere quidquam sustinuerit, amicorum tamen suprema judicia morosissimè pensitavit : neque dolore dissimulato, si parcius, aut citra honorem verborum, neque gaudio, si grate, pieque quis se prosecutus esset.* Tacite jugea cela digne d'une censure, qui pouvoit bien servir à abolir une Coutume également desavantageuse à la domination, & à la servitude, lorsque parlant du testament de Julius Agricola, qui se crut obligé d'instituer pour son heritier l'Empereur Domitien, & de l'associer dans les biens de sa succession, avec sa femme, & sa fille, il dit que ce testament causa de la joye à cet Empereur, qui ne sçavoit pas, qu'un bon pere ne peut gueres instituer pour son heritier, qu'un méchant Prince.

Enfin, les caprices des Philosophes qui se sont mêlez de tester, ne contribuent gueres plus à la gloire des testamens; puisqu'on voit qu'Eudamidas de Corinthe legue à un de ses amis le soin de nourrir sa mere; & à un autre celuy de marier sa fille, & les substitue l'un à l'autre, se rapportant ainsi à des sentimens d'une generosité sans exemple, de la vie de sa mere, & de l'établissement de sa fille, sans y pourvoir autrement; & que Crates ordonne dans son testament, que son argent sera déposé entre les mains d'un de ses amis, à la charge de le rendre à ses enfans, s'ils sont lâches & ignorans; que s'ils sont braves gens & bons Philosophes, de le distribuer aux Thebains: & il hazarde, par cette belle disposition, de porter ses enfans à la paresse & à l'ignorance.

Ces fautes ne s'imputent jamais à ceux qui se rapportent aux Loix de leur pays, de faire le choix de leurs heritiers, & le partage de leurs successions: On n'accuse pas ordinairement la disposition des Coutumes, elle est toûjours prudente & pleine d'une profonde sagesse, & elle imprime toûjours du respect pour elle & pour ceux qui la suivent. En effet, on ne dira point que ces Loix municipales dispensent les biens aux heritiers legitimes, avec trop de profusion, ou trop de reserve, qu'elles se trompent quand elles prescrivent l'ordre des successions, & que les évenemens éludent quelquefois leur prévoyance; puisque par une disposition simple & naturelle, elles comprennent tous les cas qui peuvent arriver, en disant: *Le mort saisit le vif son plus prochain heritier, habile à luy succeder.* Cet Oracle de nostre Jurisprudence n'a rien de confus, & l'on n'est point en peine de trouver, par de longues dissertations, le veritable sens d'une Loy si claire: ce n'est point, non-plus,

une disposition politique, qui appelle les Puissances en participation des biens des familles privées, & qui mêle les interests du fisc, dans les droits du sang. Enfin, il n'entre dans cette disposition ni caprice, ni prédilection.

Aussi la justice & l'autorité de cette Loy est un excellent abri pour des dernieres volontez; & c'est finir en homme vertueux, que de soumettre ses derniers desirs aux Loix de sa patrie, de ne pas affecter de faire regner ses caprices après sa mort, & de ne laisser enfin que des heritiers legitimes. Que la Coutume divise, tant qu'il luy plaira, un patrimoine, auquel il n'est pas permis de toucher, sans causer de la discorde. L'heritage se divise selon la disposition de la Loy; mais la famille demeure unie, selon le vœu de la nature. Chaque portion n'est pas ordinairement une fortune achevée, pour ceux qui viennent à partage; mais la paix & l'union qui vient de l'égalité, est toûjours un bonheur accompli, pour les heritiers. Cette union de la famille est l'ouvrage de celuy qui ne teste pas, il laisse ses biens à ses heritiers; mais il leur donne la paix.

Que si la succession *ab intestat* est beaucoup plus naturelle, & est ordinairement plus juste que la testamentaire, elle n'a pas moins de difficultez; & au lieu que dans le Droit Romain c'estoit la matiere la plus bornée, c'est la plus étendue dans le Droit François; c'est pourquoy on ne se peut assez étonner, de voir qu'elle ait esté jusqu'à present la plus negligée. Peut estre que la varieté des Coutumes qui reglent les successions, a fait obstacle au dessein qu'on avoit de donner au public les principes de cette matiere. Cependant il faut avouer qu'elle renferme un nombre presque infini de décisions qui sont communes à la plûpart des Coutumes: comme celles qui regardent le temps auquel on peut présumer la mort de l'absent: l'ordre du decès de ceux qui perissent dans un incendie, ou dans un naufrage: l'incapacité des bâtards, leur legitimation par Lettres, ou par mariage: l'exclusion des enfans qui ne sont pas encore nez, quand la succession arrive: les conditions que tous les enfans doivent avoir, selon la nature, & selon la Loy, pour estre des heritiers legitimes. Outre que la diversité des Coutumes sur la maniere de succeder, ne donne pas peu de relief au Traité des Successions.

Enfin, le merite du sujet semble demander qu'on expose aujourd'huy comment se fait, selon la Loy, ce qui arrive si souvent selon la nature, & qu'on explique qui succede, & à qui on succede; à quelles choses on succede, comment on succede; quelles sont les charges ordinaires des successions.

En examinant qui succede, & à qui on succede, on traite de l'ouverture des successions: de ceux qui sont capables, ou incapables de succeder; de ceux qui ne sont pas encore nez lors de l'ouverture d'une succession, de la succession des descendans, de celle des ascendans, de celle des collateraux, de celle d'entre mari & femme.

En faisant le dénombrement des choses ausquelles on succede, on parle des meubles & des acquests, des propres, des fiefs, de la legitime, des reserves coutumieres, du douaire, de l'Edit des secondes nôces, des fruits.

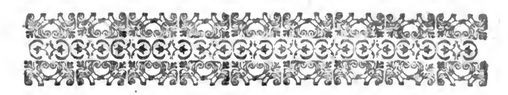
Que si on passe aux manieres de succeder, on a pour premier objet cette regle, *le mort saisit le vif*, dont nous avons déja parlé : après quoy se presentent les institutions contractuelles, les adoptions & affiliations, le benefice d'inventaire, la representation, les rapports, l'incompatibilité des qualitez de donataire, legataire, douairier, & heritier, les acceptations & les renonciations, les indignes, les rappels.

Et en recherchant enfin les charges des successions, on trouve qu'elles consistent à en payer les dettes, & en partager les biens avec les coheritiers.

Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il est peu de sujets dans le Droit François, dont la varieté satisfasse plus l'esprit, & merite davantage d'application : c'est un crayon de ces Tribunaux, où passant de Bareau en Bareau, on trouve toûjours quelque nouvelle cause, qui merite une attention singuliere : ce qui m'a persuadé aisément qu'on ne pouvoit donner une trop longue, ni une trop serieuse application à une matiere si importante. Au reste on ne se doit pas étonner si cet Ouvrage n'a point esté mis, suivant la coutume, à l'abry de quelque Puissance : J'ay esté convaincu que cette ceremonie, quoique d'usage, est peu necessaire : outre que j'avois d'abord destiné ce Traité pour une saison, où toute la faveur des Grands devient inutile, & pour ce terme de la vie, où le travail de celuy qui n'est plus, commence à se reconnoistre dans le public ; parce que c'est le temps, où la jalousie s'éclipse. Mais ayant consideré que la plûpart des impressions qui se font après la mort des Auteurs, sont negligées, & qu'on y apporte rarement toute l'attention & toute l'exactitude necessaires, je me suis resolu à la fin de communiquer moy-même mon ouvrage, sans m'en rapporter à des soins étrangers, & de le conduire de vûe, s'il faut ainsi dire, jusques dans les mains du public, à qui je l'ai destiné, esperant qu'il recevra avec quelque sorte de reconnoissance ce fruit de mes veilles, & de mon application.



TABLE



TABLE

DES LIVRES, DES CHAPITRES, & des Sections, contenus en ce Traité des Successions.

LIVRE PREMIER.

DE CEUX A QUI L'ON SUCCEDE, ET DE CEUX QUI SUCCEDENT.

ĩ

LIVRE SECOND.

DES CHOSES AUSQUELLES ON SUCCEDE.

LIVRE TROISIEME.

COMMENT ON SUCCEDE.

LIVRE QUATRIEME.

CHARGES DES SUCCESSIONS.

Fin de la Table des Livres, Chapitres, Sections & Distinctions.

ADDITIONS
SUR CETTE NOUVELLE ET TROISIEME EDITION, DU TRAITÉ DES SUCCESSIONS,
Trouvées dans les Manuscrits de l'Auteur.

SOMMAIRE.

1. PREMIERE ADDITION, qui explique, *Si les enfans d'un Jesuite congedié, succedent à leur oncle.*

2. DEUXIEME ADDITION, touchant *le partage par testes entre ayeuls de deux lignes en nombre inégal.*

3. TROISIEME ADDITION, qui observe, *Que dans quelques Coutumes l'ascendant qui succede aux meubles, n'est obligé aux dettes que subsidiairement.*

4. QUATRIEME ADDITION, qui concerne la question sçavoir, *Si un testateur ayant dit aprés d'autres dispositions*, & le surplus de mes biens je les donne & laisse à mes heritiers présomptifs, *les immeubles de sa succession sont propres ou acquests à ses heritiers.*

5. CINQUIEME ADDITION, qui porte que *dans les Coutumes qui ne font point mention, ni directement, ni indirectement de la regle* paterna paternis, *il suffit pour suceeder à un propre, d'estre le plus proche parent du costé de celuy par la succession duquel il est échu à celuy, de la succession duquel il s'agit.*

6. SIXIEME ADDITION, qui tend à prouver, que *la Coutume d'Estampes est expresse pour la regle,* paterna paternis.

7. SEPTIEME ADDITION, qui explique *dans quel cas dans les Coutumes soucheres, l'ascendant succede aux propres naissans de son descendant.*

8. HUITIEME ADDITION, dans laquelle l'Auteur contre ce qu'il a tenu cy-devant, remarque que *dans la Coutume de Tours, un fils qui a succedé à son pere à un acquest, venant à deceder sans freres ni sœurs, cet heritage appartient indistinctement au plus proche heritier paternel.*

9. NEUVIEME ADDITION, qui porte que *dans la Coutume de Tours, si le fils qui a succedé à son pere à un acquest, vient à deceder sans enfans, les collateraux des deux lignes du pere viennent à ce propre naissant du fils.*

10. DIXIEME ADDITION, qui contient, *qu'un pere peut reduire un de ses enfans à sa legitime, & laisser aux autres leurs parts afferantes en leur entier.*

11. ONZIEME ADDITION, qui observe que *la femme qui n'a pû retirer de son mary qu'une partie de sa dot, cette partie est sujette au total de la legitime de ses freres & sœurs.*

DOUZIEME ADDITION, touchant la question, *Si une Coutume, comme celle de Bar, établissant un propre de subrogation, & une reserve qui ne se peut violer au préjudice des enfans, est censée proposer les enfans par forme d'exemple seulement, ou si elle est censée étendre sa reserve aux collateraux.* 12.

TREIZIEME ADDITION, qui marque *que les peines établies par le Droit contre les secondes nopces, ont lieu dans les Provinces du Droit écrit, & qu'une de ces peines entre autres est que la mere qui se remarie perd la proprieté de ses gains nuptiaux; mais qu'elle la recouvre par le prédeceds de ses enfans.* 13.

QUATORZIEME ADDITION, qui explique *l'effet d'une promesse de ne pouvoir avantager un enfant, que jusques à concurrence d'une somme.* 14.

QUINZIEME ADDITION, qui porte que *prest fait par l'ayeul pour liberer la succession de son fils, doit estre rapporté par les petits enfans, qui renoncent à la succession de leur pere.* 15.

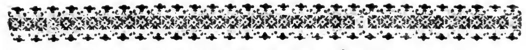
SEIZIEME ADDITION, qui explique un des effets du rapport des branches, sçavoir que *si des petits-fils viennent à la succession de leur ayeul, & y rapportent à leur oncle une maison qu'ils avoient partagée entre eux par tiers dans la succession de leur pere, qui l'avoit eue en mariage de l'ayeul; ce partage par tiers leur deviendra inutile, parce que supposé qu'ils ayent deux oncles, ils n'auront qu'un neuviéme dans cette maison.* 16.

DIX-SEPTIEME ADDITION, qui decide, que *la restitution ne doit pas estre admise, quoique demandée dans les trois ans, contre une renonciation faite en majorité.* 17.

DIX-HUITIEME ADDITION, qui porte *qu'un pere qui a donné une terre à un de ses enfans avec reserve d'usufruit, pendant lequel il a acquis des rotures dependantes de cette terre, cet enfant venant à la succession de son pere, & rapportant cette terre, les rotures qui s'y trouvent réunies au moyen de ce rapport sont fiefs, & doivent estre partagez comme tels dans la succession du pere.* 18.

DIX-NEUVIEME ADDITION, qui prouve, que *le vendeur d'une succession ne confond pas sa creance, quoiqu'il ait obmis de se reserver son action.* 19.

ō



PREMIERE ADDITION,

Qui explique, *Si les enfans d'un Jesuite congedié succedent à leur oncle.* Pour la page 30. col. 1. aprés le nombre 8.

IL est donc certain que si un Jesuite congedié aprés deux ans, acquert des biens, ils sont ajugez aprés sa mort à ses plus proches parens, s'il n'en a pas disposé.

Mais si un Jesuite congedié aprés deux ans, estant retourné dans le monde, & n'estant pas *in sacris*, s'est marié, on demande si ses enfans peuvent succeder à leur oncle?

Pour decider cette question, il faut s'attacher à l'usage plûtost qu'à la rigueur des regles : car selon les maximes generales le Jesuite congedié, qui avant son congé a fait ses trois vœux, aprés 2. années de probation ; & qui a proferé cette formule en presence des Autels, *Voveo coram Deo & sacratissima Virgine castitatem, paupertatem & obedientiam :* a fait des vœux suffisans, & il ne doit point dépendre aprés cela de ses Superieurs de le renvoyer au siecle. Si on l'y reçoit, c'est par un abus qu'on tempere neanmoins en jugeant qu'il ne peut succeder aprés son congé, non seulement aux parens decedez avant son congé, mais à ceux qui decedent depuis. *A collo trahitur pars longa catena :* c'est un reste de son esclavage qu'il porte tant qu'il vit. De là il devroit suivre que son mariage seroit nul ; & que quand il se marie, ses enfans ne succederoient pas plus à la famille que des bâtards.

Mais l'usage a moderé cela encore : il les a reçûs à prendre des benefices seculiers, ou à se marier.

Il s'ensuit qu'ils ne sont pas tellement retranchez de la famille par leurs vœux, qu'ils ne conservent les droits du sang : ainsi ils auront le retrait lignager, & leur part des dommages & interests dûs à cause de l'homicide de leurs parens, & toutes les choses qui viennent simplement *a sanguine, & rerum natura.*

Il faut encore conclure que leur estant permis de se marier, leurs enfans succederont à la famille; parce que d'un costé ils sont nez d'un mariage legitime; & d'un autre, ils sont nez d'un pere qui avoit les droits du sang dont il vient d'estre parlé, & qui n'estoit pas retranché de la famille.

Cela se peut presenter dans deux cas ; le 1. lorsqu'ils ont besoin de representation pour succeder; le 2. lorsqu'ils n'en ont pas besoin.

Au premier, on ne peut pas leur refuser de les considerer, au moins, comme les enfans d'un exheredé, à l'égard desquels on dit regulierement, *Exheredatus pater eorum pro mortuo habetur, L. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emancip. liber. ejus.* & en ce cas la personne de leur pere, qui est incapable, ne leur sert, ni ne leur nuit, *L. si qua pœna. ff. de his qui sunt sui, vel alieni jur.* qui dit, *Si qua pœna pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus pœna afficiatur, sine dubio nepos filii loco succedit.*

Au second cas, les enfans du Jesuite congedié viennent *ex successorio edicto*, comme il semble prejugé par les articles 322. de la Coutume de Bourbonnois, & 96. de celle de Sens, qui appellent les plus proches, aprés l'incapable, sans exclure ses propres enfans.

Ce qui se peut fonder sur l'exemple des enfans du banni, dont la Loy, *cum qui. ff. de interd. & relegat.* dit, *Quæ vero non à patre ; sed à genere, à civitate & rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia : itaque & fratres fratribus fore legitimos heredes, & agnatorum tutelas, & hereditates habituros : non enim hæc patrem ; sed majores ejus eis dedisse.*

Le droit est même plus certain, que celuy du representant ; parce qu'il est plus indubitable que les enfans qui viennent *ex successorio edicto*, ne souffrent pas de l'incapacité de leur pere dont ils ne tiennent que la liaison qu'ils ont avec la famille, & dont il n'est pas vray de dire qu'ils occupent la place, n'estant en leur propre degré, & ne montant point dans le degré de leur pere, l'incapacité duquel par consequent ne leur peut jamais nuire.

On ne doit pas plaindre cette succession aux enfans du Jesuite congedié; puisque s'il n'avoit pas eu d'enfans, ses parens mêmes ausquels ses enfans veulent succeder, luy auroient succedé aux biens par luy acquis depuis sa sortie de son Convent, suivant une Sentence des Requestes du Palais du 12. May 1671. confirmée par Arrest du Parlement de Paris le 9. Avril 1674. rapporté dans le Journal du Palais.

Ce qui préjuge que le Jesuite congedié n'est pas étranger dans sa famille, & que puisque ses parens luy succedent préferablement au Seigneur Haut-Justicier, il doit au moins conserver les droits du sang, & qu'il les transmet à ses enfans qui sont nez en legitime mariage : qui par consequent estant legitimes dans la famille, succedent à toute la famille.

DEUXIEME ADDITION

Touchant *le partage par testes entre ayeuls de deux lignes en nombre inégal.* Pour la page 64. col. 2. à la fin du nombre 35.

IL y a un Arrest de la Grand'Chambre du Parlement de Paris, du mois de Mars 1702. qui a jugé le partage par testes entre ayeuls de deux lignes en nombre inégal: ce qui semble assez juste, & conserve la regle qu'où il n'y a point de representation, il n'y a point aussi de partage par souches. Cet Arrest fut même rendu en forme de Reglement sur les Conclusions de Monsieur le Nain, & a depuis esté publié au Chastelet: ainsi on peut dire que c'est à present une Jurisprudence certaine sur cette question.

TROISIEME ADDITION,

Qui observe, *que dans quelques Coutumes l'ascendant qui succede aux meubles, n'est obligé aux dettes que subsidiairement.* Pour la page 80. col. 2. ligne 1. avant & au lieu de ce mot, *Mais.*

NOus avons pourtant des Coutumes où l'ascendant qui succede, n'est obligé aux dettes que subsidiairement, comme celle de Berry, tit. des Successf. art. 3.

Aussi cette Coutume fait un droit singulier de la succession de l'ascendant, & l'appelle *gain de meubles.*

Ce qui fait qu'on demande dans cette Coutume, si l'ascendant qui prédecede peut oster cette succession à celuy qui survit, ou la diminuer & charger par des legs & autres dispositions testamentaires.

Il faut d'abord observer que dans cette Coutume la substitution n'a point lieu; parce que l'art. 1. du tit. des Testam. permet de faire une premiere institution d'heritier; d'où l'on infere qu'il n'est pas permis d'en faire une seconde: ainsi le pere ne peut pas substituer à son fils ses meubles au préjudice de ce gain établi par l'art. 3. du tit. des Successf.

Quelques-uns vont jusques à dire qu'il ne peut pas leguer ses meubles au préjudice de ce gain dû à sa femme en cas qu'elle survive à son fils, & en cela considerent ce gain, comme nous regardons le préciput legal des nobles, dont celuy qui predecede ne peut pas priver le conjoint survivant.

J'ay même vû un Arrest cité dans des Memoires de consultation, & daté d'une date irréguliere pour un Arrest rendu sur production, du 23. Decembre 1676. au rapport de Monsieur Philippes de Billy, & rendu au sujet du testament du nommé Guerin Jacques d'Issoudun, qui avoit institué son fils Guillaume Jacques; & en cas qu'il mourût sans estre marié, ou avant d'avoir atteint sa dix-huitieme année, avoit fait des legs & appellé des heritiers collateraux: lequel Arrest confirmant la vocation de ces heritiers collateraux, avoit reçû neanmoins la mere opposante au testament en ce qu'il luy pouvoit préjudicier, & l'avoit maintenue dans le gain de tous les meubles, qui ne seroient sujets aux dettes que subsidiairement.

Cet Arrest me parut singulier: car enfin il auroit jugé qu'un pere du Berry n'auroit pas pû leguer ses meubles, même en cas que son fils decedât, & auroit mis ce gain de meubles, qui pourtant n'a que nostre succession mobiliere, à l'exception qu'il n'est sujet que subsidiairement aux dettes, sur le pied d'un préciput legal, ou d'une garde-noble, ou du profit qui vient en vertu du second Chef de l'Edit des secondes nôces, que celuy des conjoints qui predecede ne peut oster au moins par testament; à quoy on a peine d'adherer.

Retournant à nos usages & supposant que la succession mobiliaire, & l'usufruit des conquests dû à l'ascendant, est sujet à la contribution des dettes, il reste encore, &c.

QUATRIEME ADDITION,

Qui concerne la question; sçavoir, *Si un testateur ayant dit aprés d'autres dispositions,* & le surplus de mes biens je les donne & laisse à mes heritiers présomptifs, *les immeubles de sa succession sont propres ou acquests à ses heritiers.* Pour la page 128. col. 2. aprés le nombre 25.

QUoique la substitution universelle fasse des propres en la personne même des heritiers collateraux, cependant si un testateur après d'autres dispositions, dit, *& le surplus de mes biens je les donne & laisse à mes heritiers présomptifs*, les immeubles de sa succession sont acquests à ses heritiers; parce qu'il les legue; & entend qu'ils se partageront *ex aquis partibus:* ce qu'ils feront en vertu de la volonté présumée, non en vertu de la Coutume; ensorte que si la Coutume établissoit un droit d'aînesse en collaterale, il n'auroit pas lieu en ce cas, où l'on présuppose que les heritiers tiennent tout de la volonté du testateur, tant leur vocation, que leur partage égal.

Cette espece differe en ces deux points de celle des substitutions dont il vient d'estre parlé: car ni la vocation, ni la maniere de partage ne vient de la Coutume; le testateur donne tout à la nature, & rien à la Loy.

Il y a même quelque difference à faire entre cette disposition, & celle-ci, *& le surplus de mes biens sera partagé entre mes heritiers présomptifs:* car celle-cy est beaucoup plus relative à la Coutu-

me ; au lieu que dans la premiere le testateur donne & laisse ; c'est-à-dire, donne & legue : ce qui fait un conquest en collaterale.

Il ne faut pas opposer l'exemple de la clause d'un Contrat de mariage, où l'on stipule un douaire coutumier, ce qui ne le rend pas conventionnel.

En effet la difference est, que dans nostre espece on ne rapporte rien à la Coutume ; mais tout est fondé sur la disposition, *je donne & laisse le surplus de mes biens à mes heritiers présomptifs*, la Coutume n'a part là-dedans, ni pour la vocation, ni pour la maniere de partager.

CINQUIEME ADDITION,

Qui porte que *dans les Coutumes qui ne font point mention, ni directement, ni indirectement de la regle* paterna paternis, *il suffit pour succeder à un propre, d'estre le plus proche parent du costé de celuy par la succession duquel il est échu à celuy, de la succession duquel il s'agit.* Pour la page 147. col. 2. à la fin du nombre 9.

IL est donc certain que dans les Coutumes qui n'ont point de disposition précise pour l'affectation des propres, à la ligne dont ils procedent, il suffit d'estre le plus proche parent paternel du défunt pour avoir les propres paternels ; d'où il s'ensuit que dans ces Coutumes l'heritage venu d'un frere mort sans enfans dans la succession du frere heritier appartient au plus proche parent de ce premier frere ; quoiqu'il n'ait pas souche depuis luy, puisqu'il n'a pas eu d'enfans : à l'exclusion des parens paternels ou maternels du même frere plus éloignez.

La raison est, que dans ces sortes de Coutumes il suffit pour succeder à un propre d'estre le plus proche parent du costé de celuy par la succession duquel il est échû à celuy *de cujus bonis agitur.*

Il est vray qu'en ce cas la regle change de nom, & devient en effet la regle *fraterna fraternis* ; mais cela est dans l'intention de nostre regle *paterna paternis*, qui est simple & sans embarras, & qui tient le plus d'une autre regle superieure, qui dit, *le mort saisit le vif.*

SIXIEME ADDITION,

Qui tend à prouver, que *la Coutume d'Estampes est expresse pour la regle* paterna paternis. Pour la page 148. col. 1. lig. 2. avant ce mot, *Coutume.*

ON voit par la lecture de cet article 119. de la Coutume d'Estampes, qu'elle établit purement & simplement la regle *paterna paternis*, sans rien demander de plus ; car quoique dans le procès verbal de cette Coutume on discute sur cet article, si cette Coutume est souchere, ou de costé & ligne ou de ramage & branchage ou de tronc commun, & qu'on renvoye en la Cour sur cette question, sous prétexte qu'il y avoit un procès appointé sur la même difficulté, dans lequel il avoit même des enquestes par turbes ; on ne voit point d'Arrest dans les Livres qui ait changé le caractere de cette Coutume, qui est expresse pour la simple regle *paterna paternis.*

SEPTIEME ADDITION,

Qui explique *dans quel cas dans les Coutumes soucheres, l'ascendant succede aux propres naissans de son descendans.* Pour la page 149. col. 1. vers le milieu, avant ces mots, *telles sont encore, &c.*

DAns ces Coutumes qui sont appellées *soucheres*, l'ascendant succede souvent aux propres naissans de son fils, car si une femme a acquis un immeuble, & laissé un fils qui decede sans enfans, & sans freres & sœurs, le propre naissant appartient au pere ; parce que sa femme a acquis, & qu'il n'y a point d'autres enfans d'elle, qu'ainsi le propre naissant se degrade, & devient meuble & acquest.

Il ne faut pas objecter que par l'article 167. de la Coutume de Mantes, le pere ne succede qu'aux meubles, acquests & conquests.

En effet la réponse est que le pere est reputé succeder en ce cas, à un meuble & acquest, parce qu'il n'y a point de descendans de l'acquereur.

Il ne faut pas dire non plus que par le 169. de la même Coutume, le pere ne succede qu'à défaut de descendans & collateraux, & contre le fisque.

En effet la reponse est, que l'art. 169. dit que les pere & mere succedent à défaut de descendans & collateraux, c'est-à-dire, à défaut de collateraux descendans, c'est-à-dire de neveux & autres collateraux inferieurs & descendans : car ceux qui sont égaux à l'acquereur, ni ceux qui sont ses superieurs ou descendus de ses collateraux superieurs, ne peuvent pas succeder comme ne venant pas de luy en ligne directe ; il faut dire que où l'article met les pere & mere, quand il n'y a point de descendans, ni de collateraux du défunt descendant de l'acquereur de l'heritage, & ce qu'il dit qu'en ce cas le pere ou la mere succede contre le fisque, est par opposition aux Coutumes ; ou quand il n'y a point de collateraux en état de succeder au propre, le Seigneur succede à leur place, & où la devolution ne se fait pas d'une ligne à l'autre, ni la succession mobiliaire n'a pas lieu à défaut de collateraux de la ligne.

HUITIEME

HUITIEME ADDITION,

Dans laquelle l'Auteur contre ce qu'il a tenu cy devant, remarque que *dans la Coutume de Tours, un fils qui a succedé à son pere à un acquest, venant à deceder sans freres ni sœurs, cet heritage appartient indistinctement au plus proche heritier paternel.* Pour la page 150. col. 1. lig. 1. avant ces mots, *dans cette Coutume, &c.*

QUoique nous ayons remarqué qu'on prétendoit que l'avis du Barreau de Tours estoit contraire à la decision de l'Arrest de Monmusseaux, neanmoins on suit la disposition de cet Arrest; & en consequence le pere ayant acquis, laissant l'acquest à son fils à qui il devient propre naissant, & ce fils mourant sans freres ni sœurs, le propre appartient indistinctement au plus proche heritier paternel sans faire de fente entre les différentes lignes du pere; ainsi la fente ne se fait que pour les acquests qui appartiennent à ceux qui sont les plus proches dans les deux lignes suivant la representation.

NEUVIEME ADDITION,

Qui porte que *dans la Coutume de Tours, si le fils qui a succedé à son pere à un acquest, vient à deceder sans enfans, les collateraux des deux lignes du pere viennent à ce propre naissant du fils.* Pour la page 150. col. 1. lig. 8. avant ces mots, *enfin il y a, &c.*

CEtte representation à l'infini, qui a lieu dans la Coutume de Tours, fait que si le pere acquert un immeuble qui vienne au fils, lequel decede sans enfans, les collateraux des deux lignes du pere viennent à ce propre naissant du fils: quoique les uns soient plus éloignez que les autres, parce que la representation approche les plus éloignez, & l'on n'unit point les deux lignes des parens du pere, comme nous faisons en nostre Coutume de Paris, où nous unissons en cette espece les deux lignes du pere, pour y prendre le plus proche parent, au lieu qu'à Tours les deux lignes du pere une fois abreuvées conservent leur droit.

D'où il arrive souvent qu'un parent estant des deux costez a les trois quarts de ce propre naissant, dont celuy qui n'est que d'un costé n'a qu'un quart; il ne s'ensuit pas pourtant que ces Coutumes soient ce que nous appellons communément des *Coutumes de double ligne.*

La raison est, que cette Coutume & celle de Poitiers, non seulement établissent la representation à l'infini; mais sont de ramage & branchage: or il n'est pas à propos de confondre ces Coutumes avec les nostres qui sont simplement de costé & ligne.

Maistre Constant est de cet avis au commencement de son Commentaire sur l'art. 37. de la Coutume de Poitou; mais il change dans la suite en faveur de l'agnation, & sur le fondement d'un vieil Arrest, qui n'a pas fait Loy au Palais: il pretend donc dans la suite de son Commentaire qu'on doit preferer le parent du nom de l'acquereur.

Maistre Liege sur la fin de son Commentaire sur le même article, est d'avis de la representation dans les propres, & convient que l'usage de Poitou établit cette difference avec les Coutumes qui sont simplement de costé & ligne.

DIXIEME ADDITION,

Qui contient, *qu'un pere peut reduire un de ses enfans à sa legitime, & laisser aux autres leurs parts afferantes en leur entier.* Pour la page 238. col. 2. à la fin du nomb. 13.

IL est évident par tout ce que nous avons dit cy-dessus, qu'un pere qui a plusieurs enfans, en peut reduire un à sa legitime, & laisser aux autres leurs parts afferantes en leur entier.

Il faut donc rejetter icy le raisonnement de ceux qui disent que des enfans venans à la succession doivent estre égalez, & qui portent même cette décision jusques à la ligne collaterale en vertu de l'art. 327. de la Coutume de Paris.

En effet cela n'a lieu que quand le pere n'a pas disposé autrement; mais rien n'empêche qu'un pere ne reduise son fils à sa legitime, les autres ayant leurs parts afferantes en leur entier: de même le pere peut substituer par fideicommis ses petits-enfans à son fils, & laisser les portions de ses autres enfans libres: de même aussi un testateur peut substituer à l'un de ses heritiers présomptifs en ligne collaterale ses enfans, ou même les enfans d'un autre de ses heritiers, & ne peut rendre cette substitution reciproque.

Celuy à qui le pere aura ainsi substitué, ne pourra pas opposer que cela sera contre légalité, les autres enfans ayant leurs portions libres.

En effet le testateur est maistre de ses biens, tandis qu'il ne blesse point les reserves coutumieres, ni la legitime de Droit, ni la regle des rapports, ni celle de l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier: or dans les cas cy-dessus ces regles peuvent avoir esté reservées.

ONZIEME ADDITION,

Qui observe que *la femme qui n'a pû retirer de son mary qu'une partie de sa dot, cette partie est sujette au total de la legitime de ses freres & sœurs.* Pour la page 265. col. 2. à la fin de la Section VIII. & du nombre 37.

SI la dot a esté confiée à un mary qui soit devenu insolvable, & que la femme n'en ait pû retirer qu'une partie ; cette partie est sujette au total de la legitime des autres enfans dont le pere se trouve aussi avoir mal fait ses affaires, & la femme ne pourra pas objecter qu'elle n'aura pas autant que ses freres, puisqu'elle a eu beaucoup plus; & se doit imputer le mauvais sort de sa societé, & non à ses freres. Si le pere avoit presté à son gendre, & estoit decedé durant la communauté de sa fille, elle auroit rapporté à la succession de son pere; à plus forte raison s'agissant d'une dot qui luy a esté constituée, elle doit rapporter tout ce qu'elle en retire, jusques à concurrence de la legitime de ses freres. La dissipation du mary n'exempte pas la femme de ce rapport ; & si elle avoit des biens d'ailleurs, s'estant une fois portée heritiere, elle seroit obligée au rapport entier, ou au moins jusques à concurrence de la legitime de ses freres, quand ils se tiennent à leur legitime; car nous n'observons pas à cet égard la Novelle 97. ch. 6. qui exemptoit la femme de rapporter sa dot à la succession de son pere, lorsqu'il n'avoit pas tenu à elle qu'elle ne l'eut repetée, à l'occasion de la déroute de son mary. Il y en a un Arrest dans M. Louet sous R. nomb. 54. qui est du dernier Avril 1605.

DOUZIEME ADDITION,

Touchant la question, *Si une Coutume, comme celle de Bar, établissant un propre de subrogation, & une reserve qui ne se peut violer au prejudice des enfans, est censée proposer les enfans par forme d'exemple seulement, ou si elle est censée étendre sa reserve aux collateraux.* Pour la page 2 4. col. 1. aprés le nomb. 50.

IL y a des Coutumes, qui ne s'expliquant pas assez au sujet des reserves, laissent lieu de demander si elles les destinent également à l'une & l'autre ligne.

Par exemple la Coutume de Bar dit en l'art. 98. qu'on peut disposer de ses meubles & acquests, & de la sixieme partie de ses propres : & que si on n'a point de propres, on ne peut disposer que de la quatrieme partie de ses meubles & acquests, au préjudice de ses enfans.

Surquoy on peut demander si dans cette Coutume celuy qui n'a point de propres, peut disposer du total de ses meubles & acquests au préjudice de ses collateraux : car il semble que la Coutume dans les deux parties de cette disposition établisse d'abord une reserve coutumiere, au cas qu'il y ait des meubles, des acquests, & des propres; laquelle reserve ne tombe que sur les cinq sixiemes des propres, & fasse ensuite dans sa seconde partie des propres de subrogation, en subrogeant les trois quarts des meubles & acquests aux cinq sixiemes des propres; mais qu'elle ne fait cette subrogation qu'en faveur des enfans.

On peut même dire que cette Coutume ne parlant point de la legitime de droit, elle entend en faire une aux enfans dans la fin de cet article, où elle dit : *Personne franche peut par testament disposer de son heritage de ligne, jusques à la sixieme partie, ensemble de tous ses meubles & acquests, lesquels il peut donner à qui bon luy semble ; neanmoins ou il n'y auroit que meubles & acquests, n'en pourroit disposer que de la quatrieme partie, au préjudice de ses enfans.*

Ceux qui soutiennent ce parti, disent donc que cet article établit dans sa premiere partie une legitime coutumiere, qui est commune aux enfans & aux collateraux, & qui consiste dans les cinq parts des propres, dont les six font le tout ; & dans sa seconde partie, établit une legitime propre & particuliere aux enfans, qui d'ailleurs n'en ont point de celles qu'on appelle legitimes de droit; laquelle est au cas de cette subrogation des meubles & acquests aux propres, & qui consiste, en ce cas, dans les trois quarts des meubles & acquests.

Ils ajoûtent qu'en cela cette Coutume est conforme au droit commun, selon lequel la reserve coutumiere contre les testamens n'est que dans les propres, non dans les meubles & acquests, qui sont biens de libre disposition, & qu'il ne doit pas sembler plus extraordinaire à Bar qu'à Paris, que les collateraux puissent ne rien avoir dans la succession d'un parent qui n'a que des meubles & acquests dont il dispose; parce qu'il est vray de dire en ce cas, qu'il n'y a pas dans la succession de biens qui soient sujets aux reserves coutumieres, & que par le droit commun les freres n'ont point de legitime, *nisi turpi persona instituta.*

Pour examiner cette question, il faut commencer par présupposer, que la legitime de droit doit avoir lieu nécessairement dans cette Coutume; parce qu'encore que selon les art. 100. & 165. on ne peut avantager un de ses enfans plus que l'autre, ni par donation entre vifs, ni par testament, le rapport ayant toûjours lieu en directe; neanmoins on peut donner tout son bien à un étranger par donation entre vifs aux termes de l'art. 168. Or il faut necessairement qu'en ce cas il y ait une legitime de droit pour les enfans : Car il ne se peut jamais faire qu'un pere donne tout son bien à des étrangers sans rien laisser à ses enfans, & ce seroit un contraste dans le public. Il ne faut donc point pretexter icy, que la Coutume de Bar n'a point de legitime de droit, pour en inferer qu'il soit juste de dire que dans la derniere partie de l'article 98. elle en établisse un particuliere aux enfans : car le droit commun établit une legitime dans ce pays, principalement au cas d'une donation universelle faite entre vifs, au profit d'un étranger ; auquel cas il est indispensable d'en donner une aux enfans,

qui soit vraye legitime; c'est-à-dire, une legitime de droit propre & particuliere aux descendans.

Cela présupposé, il est même contre toute vraisemblance, que la Coutume ait fait deux reserves dans cet article 98. dont l'une soit commune aux deux lignes, qui soit la reserve des cinq parts des propres dont les six soient le tout; & l'autre soit particuliere aux enfans, qui est une reserve de subrogation, lorsque n'y ayant point de propres, elle ne permet de disposer que du quart des meubles & acquests.

En effet si cette Coutume entend que la reserve coutumiere serve aux deux lignes, elle la doit establir pour les deux lignes, tant sur les propres de subrogation, que sur les propres réels.

Que si au contraire elle veut rendre les reserves, particulieres aux enfans, elle doit l'établir tant sur les propres réels, que sur les meubles & acquests, qui sont propres de subrogation.

Il faut donc conclure que cet art. 98. n'a parlé des enfans dans sa seconde partie, que par forme d'exemple; & qu'au surplus il applique aux deux lignes, tout ce qu'il soumet aux reserves coutumieres.

Aussi l'art. 100. de cette Coutume assure des reserves coutumieres aux collateraux, principalement au préjudice des avantages excessifs qu'on peut faire en faveur de quelques-uns de ces heritiers : car il dit qu'on ne peut avantager un de ses enfans plus que l'autre; *mais que si c'estoit par personne, qui n'eût aucuns enfans legitimes procréez de son corps, ou qui eût freres ou sœurs, ou parens plus lointains, il pourroit donner à l'un plus qu'à l'autre:* cette fin ne promet pas à la verité une reserve coutumiere indéfiniment; principalement contre les donations entre vifs, qui peuvent aneantir le droit des collateraux, parce qu'ils n'ont point de legitime de droit; mais elle leur promet au moins quelque chose contre les dispositions testamentaires faites au profit de l'un d'eux; *il pourroit donner à l'un plus qu'à l'autre.* L'art. 102. declarant aussi que les institutions ni substitutions n'ont lieu au préjudice des parens habiles à succeder, que par forme de legs, encore *pourvû qu'elles n'excedent ce dequoi la Coutume permet au testateur de disposer;* insinue encore qu'il y doit avoir des reserves pour les collateraux, & il ne faut point dire qu'il y en a, pourvû qu'il se trouve dans la succession des biens, qui soient sujets à ces reserves. En effet il a esté expliqué cy dessus, qu'à Bar tous les biens sont sujets subsidiairement à ces reserves; puisque la Coutume établit des propres de subrogation.

Cette explication de l'art. 98. de la Coutume de Bar est d'autant plus necessaire, quelle conforme cette Coutume au droit commun : car il n'y a point de Coutume qui établissant des reserves, principalement des propres de subrogation, ne les donne aux collateraux : ces reserves les concernent principalement, & elles ne sont pas la legitime naturelle des enfans; & il ne faut pas que ceux qui soutiennent l'opinion contraire, disent qu'il est du droit commun que les reserves soient reduites aux propres réels, car elles s'étendent aux propres de subrogation; & dès qu'il ne s'agit point d'une legitime de droit, & qu'une Coutume établit de ces propres de subrogation, les enfans & les collateraux doivent estre également fondez à les demander; puisque les reserves sont naturellement communes aux deux lignes, & qu'une Coutume qui assujettit les propres réels aux reserves envers les deux lignes, est censée à plus forte raison y assujettir les propres de subrogation.

On pourroit opposer que l'art. 100. qui est dans le titre des testamens, est transposé, & qu'il doit estre dans le titre subsequent des donations; parce qu'il est évident qu'il s'entend des donations entre vifs, parlant de rapport dans sa premiere partie, & disant dans sa seconde partie, qu'on peut donner à l'un des collateraux plus qu'à l'autre; *mais si c'estoit personne, qui n'eût aucuns legitimes procréez de son corps, ou qu'il eût freres ou sœurs, ou parens plus lointains, il pourroit donner à l'un plus qu'à l'autre;* ce qu'il dit par la raison qu'il n'y a point de rapport en collaterale: Outre que l'art. 99. établit assez que cet art. 100. immédiatement suivant, ne se peut entendre que des donations entre vifs : car il pose la regle ordinaire, qu'on ne peut estre legataire & heritier; d'où on conclut qu'il n'y a pas de consequence à tirer de cet article, s'agissant icy d'une disposition testamentaire : car il est question de l'art. 98. qui parle expressément d'une disposition testamentaire. Or le privilege qu'ont les collateraux d'estre exempts du rapport, n'a rien de commun avec les reserves coutumieres qu'ils peuvent avoir contre les dispositions testamentaires.

Cette remarque me touche beaucoup, & elle oste un des principaux argumens dont les collateraux se servent dans cette Coutume pour montrer qu'ils doivent toûjours avoir des reserves coutumieres contre les testamens; & à l'égard du 102. il parle à la verité des testamens & des parens en general; mais en disant que l'institution vaut legs, pourvû qu'il n'excede ce de quoy la Coutume permet au testateur de disposer, il parle des reserves telles que la Coutume les a établies dans l'art. 98. ainsi il laisse la question entiere.

Il faut donc se reduire à la question generale, si une Coutume établissant un propre de subrogation & une reserve qui ne se peut violer au préjudice des enfans, est censée proposer les enfans par forme d'exemple seulement; ou si elle est censée étendre sa reserve coutumiere aux collateraux.

Si on a égard à la destination des reserves coutumieres, il y a lieu de conclure pour l'affirmative: car constamment elles sont plus faites pour les familles, que pour les enfans; ainsi il y a beaucoup d'apparence que cet art. 98. ne met les enfans que par forme d'exemple; mais que la chose demande un Arrest; & est une espece d'entreprise qui requert de certaines circonstances qui appuyent le point de droit, & qui ne se trouve pas toûjours. Que s'il n'y a pas d'inconvenient qu'en une Coutume qui n'est point de subrogation les meubles & acquests, soient de libre disposition, & les seuls propres soient affectez à la ligne; il en paroist beaucoup à dire que dans une Coutume de subrogation, les propres de subrogation soient pour les enfans seulement, & non pour les collateraux, ausquels les reserves coutumieres sont principalement affectées, & principalement quand dans cette Coutume il y a necessairement une legitime de droit.

Ce qui m'attache à ce dernier parti, c'est l'identité de raison qui se trouve en faveur des collate-

raux, & en faveur des enfans : car quoiqu'en general les enfans soient plus favorables, les collateraux ne le sont pas moins au fait particulier dont il s'agit, les reserves coutumieres estant leur legitime particuliere.

Monsieur le Président Evrard dit en cas pareil : *Nec sufficit allegare aliquam dissimilitudinem in genere : sed debet esse dissimilitudo in eo in quo fit comparatio ; & ratio hujus est, quia in materia extensionis satis est quod militet eadem ratio decisionis ; licet etiam aliquo respectu minor sit ratio in casu ad quem fit extensio.*

Or cette identité doit faire proceder l'article 98. dans le cas des collateraux, comme au cas des enfans qu'il a donnez pour exemple.

C'est ainsi que l'art. 228. de la Coutume d'Auxerre, disant que le mari & la femme ne se peuvent avantager par testament, Maistre Charles du Molin a conclu qu'ils ne se peuvent avantager entre vifs ; quoique le cas ne soit pas dans l'article.

De même sur le 92. de celle de Châlons, qui établit la devolution des propres d'une ligne à l'autre, & dit que la ligne qui reste, exclut le Seigneur Haut-Justicier, il conclut que le Haut-Justicier n'est là que par forme d'exemple, & dit, *ergo etiam fiscum regium.*

En un mot quand une Loy, dont la decision se peut appliquer justement à plusieurs especes, n'en decide qu'une seule, & qu'il y a une égale raison de l'appliquer aux autres, il faut croire qu'elle n'a choisi cette espece que pour servir d'exemple.

Enfin la Coutume de Sens, qui est la Coutume matrice de celle de Bar, decide la question en l'art. 67. & établissant de même la reserve coutumiere des cinq sixiemes des propres, & à défaut de propres, fixant de même la reserve coutumiere aux trois quarts des meubles & acquests, le fait indéfiniment. Ce qui marque que c'est aussi l'intention de la Coutume de Bar, & qu'elle n'a parlé des enfans que par forme d'exemple.

TREIZIEME ADDITION,

Qui marque *que les peines établies par le Droit contre les secondes nopces, ont lieu dans les Provinces du Droit écrit, & qu'une de ces peines entre autres est que la mere qui se remarie perd la proprieté de ses gains nuptiaux ; mais qu'elle la recouvre par le prédecès de ses enfans.* Pour la page 359. col. 2. lig. 4. nomb. 29.

NOus disons donc, qu'outre les peines remarquées cy-dessus contre les secondes nopces, il y en a encore d'autres établies par le droit, & qui ont lieu dans les Provinces de Droit écrit, comme à Toulouse.

Ainsi la mere qui se remarie ayant des enfans d'un premier lit, perd la proprieté de ses gains nuptiaux.

On prétend même que le prédecès de ses enfans ne luy fait pas recouvrer cette proprieté.

Mais déja au Parlement de Toulouse, de l'usage duquel nous parlons, on juge uniformément qu'elle la recouvre en ce cas.

Ce qui se voit dans M. Mainard liv. 7. ch. 54. dans M. Dolive liv. 2. chap. 20. & dans M. Cambolas sur la fin de ses decis. fol. 712.

On juge aussi le même au Parlement de Bordeaux, selon la Peirere lettre N. page 153. nomb. 30.

Il est vray que c'est une question dans les Provinces du Ressort du Parlement de Paris, qui s'attachent au Droit écrit, à cause de l'opinion de Maistre Claude Henrys tom. 1. liv. 4. ch. 4. qu. 13. & liv. 5. ch. 4. qu. 46. qui semble avoir esté suivie par un Arrest du 27. Aoust 1672. rapporté dans le Journal du Palais part. 2. pag. 241.

Au milieu de ces differences, il est déja certain que dans nostre pays coutumier le prédecès des enfans rend la mere absolument libre ; parce que ses secondes nopces ne la privent pas de la proprieté de ses gains nuptiaux ; mais luy imposent seulement une obligation de les conserver aux enfans du premier lit, aux termes de l'Edit.

Pour les pays de Droit écrit, la Loy *Fœminæ de secundis nupt.* dit : *Quod si nullam ex secundo matrimonio habuerit successionem, vel natus nativè decesserint, omne quod quocumque modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciscendi dominii, & testandi circa quem voluerit liberam habeat facultatem.*

Il est vray que l'Authentique *in donatione* que Imerius a mise après ces mots, dit, *in donatione propter nuptias, etiam si alias pro viro dederit ; deserit eam proprietas.*

Mais on a droit de soutenir que cette Authentique ainsi placée n'a pas rapport à ce dernier cas : car elle seroit contraire à la Novelle 22. chap. 23. dont elle est tirée, qui commence par dire qu'il n'y a point de question, s'il n'y a point d'enfans ; & que s'il y a des enfans, elle perd toute proprieté : ainsi elle perd cette proprieté, au cas seulement qu'il y ait des enfans. *Siquidem non habeat filios, sine periculo est totum ex hoc ; si vero sit soboles, & filios ex hoc exhonoratos viderit lex, tunc omni liberalitate ex viro ad eam veniente eam secundum proprietatis privat partem, solùm ei derelinquens usumfructum.* Et plus bas, *& generaliter dictum est quòd omnis eam deserit proprietatis modus, in iis quæ à priore viro in eam venerunt.* Ce que la Novelle continue de dire dans la même présupposition, que tous les enfans vivent.

Enfin dans le chap. 26. l'Empereur distingue trois cas avec lesquels on peut concilier cette Novelle avec la Novelle 68.

Le premier, auquel elle suppose que tous les enfans survivent ; & en ce cas ce chap. decide que l'alienation faite par l'ascendant est annullée pour le tout.

Le second, auquel tous les enfans prédecedent ; & alors toute l'alienation sera bonne : *si verò moriantur omnes, & rursus ad orbitatem causa veniat, ex effectu ratum erit quod alienatum est. Quis enim hoc etiam infringat filiis, quibus videlicet solis hoc servavimus, non existentibus.*

Il

Il ne se peut donc rien de plus exprès que cette decision : l'Empereur decide, que ces gains nuptiaux, de la proprieté desquels l'ascendant qui survit estoit privé, est rétabli en effet par le prédecès des enfans, à cause desquels l'interdiction de l'ascendant estoit faite.

Le troisiéme cas est celuy dans lequel la Novelle suppose que de plusieurs enfans il en meurt quelqu'un sans enfans ; & en ce cas, elle dit que la proprieté ne retourne pas entiere à ses freres ; mais à l'exception seulement de ce que par le contrat de mariage il doit gagner en cas de non enfans & à proportion, & que le reste passe aux freres.

Il reste de répondre au chap. *& quia parum 45.* de la même Novelle *§. 1.* qui dit, *ut si omnes moriantur, secundum nostram legem casu filiorum non existentium, matri reliquo remanentibus filiorum heredibus conservando :* Or Accurse sur les mots *si omnes*, dit que cet endroit ne fait que repeter la constitution *de non eligendo*, qui est la Nov. 2. laquelle abolit le droit que la mere qui convoloit à de secondes nopces, avoit de prendre sa donation pour cause de nopces, en donnant caution à ses enfans de la restituer, ou de la laisser aux enfans en luy payant interest ; & que d'ailleurs cette Novelle est abolie par la Novelle 22. Enfin comme M. Cambolas observe à l'endroit cité, il n'est gueres apparent que ce chap. *& quia parum 45.* ait aboli le chap. 26. & qu'une même Novelle ait deux dispositions contraires : le bon sens voulant qu'on se fut abstenu d'inserer le chap. 26. plûtost que de l'inserer, & de l'abolir ensuite par le chap. 45.

Pour la Novelle 68. elle est dans le troisiéme des trois cas cy-dessus.

Ainsi tout bien consideré, il semble que pour les Provinces mêmes régies par le Droit écrit, qui se trouvent du ressort de la Cour, elle pourroit sans blesser les principes de Droit, & s'accommodant à la droite raison, qui veut que cette privation de proprieté n'ayant lieu qu'à cause des enfans, leur prédécès rétablisse cette proprieté qu'on avoit ôtée au survivant en leur faveur, juger conformément aux Parlemens de Toulouse & de Bourdeaux en faveur de l'ascendant, qu'il recouvre par cette mort, la proprieté qu'il avoit perdue.

La mere qui se remarie, perd aussi la nue proprieté des biens.

QUATORZIEME ADDITION,

Qui explique *l'effet d'une promesse de ne pouvoir avantager un enfant, que jusques à concurrence d'une somme.* Pour la page 395. col. 1. à la fin du nombre 14.

POur bien entendre l'effet d'une promesse de ne pouvoir avantager un enfant que jusques à concurrence d'une somme, il faut distinguer entre une promesse d'égalité, & une stipulation de ne pouvoir avantager un enfant au préjudice de celuy qui est marié, que jusques à concurrence d'une somme : car dans le premier cas l'enfant ne pouvant estre desavantagé, se reprend sur la succession, & ne revoque la donation qu'entant que la succession ne peut pas fournir sa récompense, à l'exemple de l'action Paulienne qui ne s'exerce contre l'acquereur, qu'entant que le debiteur n'a pas d'ailleurs dequoy satisfaire.

Mais dans le second cas, l'enfant marié avec cette promesse a droit de revoquer la donation faite à son préjudice, entant qu'elle excede cette somme : & son action revocatoire attaque directement la donation, comme une reserve coutumiere qui annulle ce qui est fait au préjudice de la Coutume, & à l'exemple de la revocation d'un droit d'aînesse, lequel on a voulu transferer en la personne d'un puîné. Car cette clause annulle de plein droit tout ce qui est donné au-delà de cette somme convenue.

Il y a encore une autre maniere d'assurer l'égalité à l'enfant marié ; c'est quand dans une Coutume qui le permet, on luy assure un préciput sur sa succession future dans son contrat de mariage : car ce préciput promis, & qui est une donation entre vifs, ne peut avoir lieu, qu'on ne l'égale au surplus, & peut passer par consequent pour vraye institution contractuelle, comme une promesse formelle d'égalité.

QUINZIEME ADDITION,

Qui porte que *prest fait par l'ayeul pour liberer la succession de son fils, doit estre rapporté par les petits enfans, qui renoncent à la succession de leur pere.* Pour la page 484. col. 1. à la fin du nombre 47.

IL s'est presenté un autre cas, dans lequel on a eu sujet de douter, si des petits enfans venans à la succession de leur ayeul estoient sujets au rapport ; il s'agissoit de sçavoir si le prest fait par l'ayeul pour liberer la succession de son fils, doit estre rapporté par les petits enfans, qui renoncent à la succession de leur pere.

Voicy l'espece : un fils estant prédecedé, le pere s'est obligé envers ses creanciers croyant faire plaisir à ses petits-fils, & à la charge qu'ils rapporteroient à sa succession ; dans la suite il a payé : & les affaires de la succession du fils n'ayant pû estre débrouillées, les petits-fils ont renoncé à la succession de leur pere ; ensuite l'ayeul estant decedé, ils se sont portez ses heritiers, & ont prétendu se dispenser du rapport ; parce que l'ayeul n'avoit pas presté à son fils vivant, mais à sa succession.

Feu M. Bonaventure Fourcroy donna sa consultation aux petits-fils, où il soutint que ce n'estoit pas le cas de l'article 308. de la Coutume de Paris.

Cette raison de difference, que le prest n'a pas esté fait au fils de l'ayeul, mais à sa succession, n'est pas sans difficulté : car le prest regardoit encore plus directement les petits-fils, estant fait

après la mort de leur pere, & en un temps auquel ils devoient estre ses heritiers. Que si l'évenement n'a pas esté tel, & s'ils ont renoncé à sa succession, aussi l'art. 308. oblige les petits-fils au rapport, quoiqu'ils renoncent à la succession de leur pere, à l'effet de conserver l'égalité des branches : car la Loy en établissant ce rapport, ne regarde pas le profit réel qui vient aux petits-fils; autrement elle feroit dépendre sa decision de leur adition d'heredité; mais elle considere principalement cette égalité des branches : ce qui fait que quoique le fils ayt dissipé, quoique le pere n'ait pas même donné avec toutes les précautions necessaires, eu égard à la dissipation du fils, & que dans l'évenement les petits fils renoncent à sa succession; neanmoins elle ne laisse pas de les obliger au rapport.

Il me paroist à plus forte raison, qu'elle les y oblige plus particulierement en l'espece qui se presente, où le prest & les avances de l'ayeul pour liberer la succession de son fils, regardoient encore plus directement ses petits-fils, en un temps où ils en estoient saisis, & n'avoient pas encore renoncé; d'autant plus que l'ayeul plein de cette équité, que la nature & la Loy luy inspirent, a ordonné luy même ce rapport ; & que se confiant sur la disposition de la Coutume qui oblige les petits-fils de rapporter ce qu'il prestoit ou donnoit à son fils, quoiqu'ils renonçassent à sa succession, il a hazardé pour eux ses avances, comme s'il avoit chargé pour eux un vaisseau, dont le naufrage eut frustré dans la suite, leurs esperances legitimes.

SEIZIEME ADDITION,

Qui explique un des effets du rapport des branches, sçavoir que *si des petits-fils viennent à la succession de leur ayeul, & y rapportent à leur oncle une maison qu'ils avoient partagée entre eux par tiers dans la succession de leur pere qui l'avoit eue en mariage de l'ayeul; ce partage par tiers leur deviendra inutile, parce que supposé qu'ils ayent deux oncles, ils n'auront qu'un neuvième dans cette maison.* Pour la page 487. col. 2. ligne 3.

C'Est encore un effet du rapport des branches, que si des petits fils viennent à la succession de leur ayeul, & y rapportent à leurs oncles une maison, ou une Ferme qu'ils avoient partagée entre eux par tiers, dans la succession de leur pere, qui l'avoit eue en mariage de l'ayeul; ce partage par tiers leur deviendra inutile, parce que supposé qu'ils ayent deux oncles, ils n'auront qu'un neuviéme dans cette maison.

La raison est, que c'est à eux tous, & à chacun d'eux en particulier, à voir s'il se veut porter heritier de l'ayeul; & dès qu'ils jugent à propos de le faire, ils rapportent ce qu'ils ont : ensorte que si c'estoit un fief que l'aîné eut partagé avec droit d'aînesse, il le rapporteroit en ce cas à la succession de l'ayeul, comme il rapporteroit une part égale dans les rotures, encore même que sa branche ne se trouvast pas l'aînée dans la succession de l'ayeul; & il seroit reduit au droit d'aînesse dans la subdivision que nous avons estimé avoir lieu à Paris par argument de l'article 334. de la Coutume, se devant imputer s'il a voulu estre heritier de son ayeul, & ayant dû s'attendre à ce rapport dont ses puînez ne sont point tenus de l'indemniser. Aussi les creanciers de l'ayeul pourroient obtenir la separation de cette terre & celle des autres biens, d'avec ceux du fils; & si les creanciers du fils la demandoient de leur part, ils ne pourroient pas comprendre cette terre dans les biens du fils, ni ceux des petits-fils ne pourroient pas la comprendre non plus dans ceux de leurs debiteurs, le rapport à la succession de l'ayeul faisant obstacle à ces prétentions.

DIX-SEPTIEME ADDITION,

Qui decide, que *la restitution ne doit pas estre admise, quoique demandée dans les trois ans, contre une renonciation faite en majorité.* Pour la page 553. col. 1. à la fin du nombre 55.

TOutes les raisons rapportées cy-dessus, me déterminent à croire que la restitution ne doit pas estre admise, quoique demandée dans les trois ans, contre une renonciation faite en majorité, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque raison particuliere, comme de dol & de fraude.

Aussi la question s'estant presentée à l'Audience du matin le Vendredy 29. Juillet 1701. plaidans M[res] Moreau & de Lombreuil, M[r] l'Avocat General Portail portant la parole, fit renaître dans le ministere public, des principes bien opposez à cette routine du Palais, qui decide souvent des questions sans aucun fondement, & dont on ne peut pas s'empêcher de rougir, quand on en trouve la source; & M[r] le Premier President prononçant l'Arrest, debouta de la restitution demandée dans les trois ans contre une renonciation faite en majorité.

DIX-HUITIEME ADDITION,

Qui porte *qu'un pere qui a donné une terre à un de ses enfans avec reserve d'usufruit, pendant lequel il a acquis des rotures dépendantes de cette terre, cet enfant venant à la succession de son pere, & rapportant cette terre, les rotures qui s'y trouvent rëünies au moyen de ce rapport sont fiefs, & doivent estre partagez comme tels dans la succession du pere.* Pour la page 591. col. 1. à la fin du nombre 21.

IL arrive quelquefois que la qualité des biens change à l'occasion du partage, lorsque par le moyen du rapport d'un fief, des rotures acquises par le pere, se trouvent rëünies à ce fief dont elles estoient dépendantes, quoiqu'au temps que le pere a fait l'acquisition desdites rotures, il n'eût que l'usufruit dudit fief.

Par exemple un pere a donné en mariage une terre à son fils, avec reserve d'usufruit durant lequel il a acquis des rotures dépendantes de cette terre, le fils rapportant la terre, les rotures sont fiefs, au moyen de la rëünion que ce rapport semble produire : ce qui importe à l'aîné pour sa plus grande portion dans les fiefs.

Il semble d'un costé qu'il faut prendre la succession comme elle est lors du decès ; & qu'alors les biens que le pere, lors simple usufruitier, avoit acquis, estant en censive, ils doivent estre partagez comme des rotures, & que le rapport n'a rien innové.

D'autre part le rapport & le partage fait en consequence ont un effet retroactif ; par consequent ces biens sont censez rëünis & infeodez du jour du decès du pere, comme si le pere estoit mort revêtu des uns & des autres. Le rapport n'est pas censé fait depuis la mort, & les biens acquis ne sont pas censez avoir esté rotures à la mort ; mais le rapport & la rëünion de ces heritages tenus en censive sont censez faits au moment de la mort, à l'instar de ce qui vient d'estre dit, que les creanciers particuliers d'un des heritiers ne peuvent attaquer les hypoteques indivises de leur debiteur, telles qu'il les avoit avant son partage ; mais sont obligez de se tenir à ce qui luy est échû en partage ; & à l'exemple de ce qui a esté dit ailleurs, que le douaire même coutumier de la femme du fils donataire, s'évanouit par le rapport qu'il fait de l'heritage à luy donné par son pere.

DIX-NEUVIEME ADDITION,

Qui prouve, que *le vendeur d'une succession ne confond pas sa creance, quoiqu'il ait obmis de se reserver son action.* Pour la page 604. col. 1. à la fin du nombre 57.

QUe si le vendeur d'une succession en est creancier, & a obmis de se reserver son action, il n'en est pas déchû pour cela : l'équité voulant qu'il la puisse exercer contre l'acheteur qui tient lieu d'heritier.

C'est la disposition de la Loy *venditor 2. §. cùm quis 18. ff. de heredit. vel act. vend.* qui dit, *Æquissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis obtinere, & idcirco teneri venditori hereditatis.*

La Loy *si is qui 45. ff. de condictione indebiti*, decide la même chose en ces termes : *Si is qui hereditatem vendidit & emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat, non retinuit, repetere potest : quia plus debito solutum per condictionem rectè recipietur :* le Jurisconsulte voulant dire qu'il est juste qu'il puisse exiger ; parce que si au contraire il devoit à la succession, ou s'il avoit plus reçû que la convention, il seroit obligé de restituer.



Oeuvres de M. JEAN MARIE RICARD, Avocat au Parlement.

TRaité des Donations entre vifs & testamentaires, du Don mutuel, des Substitutions, de la Representation, & du rappel en matiere de succession, *derniere Edition augmentée*; ensemble la Coutume de Senlis & la Coutume d'Amiens commentées par le même Auteur, *augmentées* de plusieurs remarques sur differens articles des mêmes Coutumes, *in fol.* 2. vol. 1713.

DE M. GEORGES LOUET, Conseiller au Parlement, & de M. JULIEN BRODEAU, Avocat.

Recueil de plusieurs notables Arrests du Parlement de Paris, *nouvelle & derniere Edition*, augmentée de 600. celebres Questions, *avec les Arrests*, rendus tant au Parlement de Paris, qu'aux autres Cours Souveraines du Royaume, soit en pays Coutumier, soit en pays de Droit écrit, *in fol.* 2. vol. 1712.

DE M. GUERET ET BLONDEAU, Avocats au Parlement.

Journal *du Palais*, ou Recueil des principales *Décisions* de tous les Parlemens & Cours Souveraines de France, *sur les Questions* les plus importantes de Droit civil, de Coutume, de Matieres Criminelles & Beneficiales, & de Droit public, depuis l'année 1660. jusqu'en l'année 1700. *dédié à M. le Premier President de Mesmes*, troisiéme & derniere Edition, corrigée & augmentée, *in fol.* 2. vol. 1713.

DE M. AUGEARD, Avocat.

Arrests notables des differens Tribunaux du Royaume, *sur plusieurs Questions* importantes de Droit civil, de Coutume, de Discipline Ecclesiastique, & de Droit public, *dedié à M. l'Abbé Bignon, Conseiller d'Etat ordinaire*, *in quarto*, 2. vol. 1710. & 1713.

Le second volume se vend séparément.

DE M. CLAUDE DE FERRIERE Avocat & Professeur en la Faculté des Droits de Reims, & de M. CLAUDE JOSEPH DE FERRIERE FILS Avocat & Professeur en la Faculté des Droits de Paris.

Corps & Compilation de tous les Commentateurs Anciens & Modernes sur la Coutume de Paris, *seconde Edition augmentée de nouvelles Remarques* tirées d'Auzanet, de du Plessis & de tous les autres Commentateurs qui ont paru depuis la premiere Edition, *& enrichi de sçavantes Observations*, qu'un illustre Magistrat a faites sur les articles de ladite Coutume de Paris, *in fol.* 4. vol. 1714.

Coutume de Paris, avec les Notes de du Molin, ensemble les Observations de Tournet, Joly, & Labbé, anciens Avocats, *nouvelle Edition*, augmentée de plusieurs Questions & Arrests; *in* 12. 2. vol.

Texte de la Coutume de Paris, *in* 24.

Observation analytique sur la Coutume de Paris, par Monsieur Pithou, *in* 16.

DE M. RAGUEAU, ET DE M. LAURIERE.

Glossaire du Droit François: *Contenant* l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les Ordonnances, dans les Coutumes, dans les anciens Arrests & dans les anciens Titres, *donné cy-devant au Public, sous le nom*, d'Indice des Droits Royaux & Seigneuriaux, par M. Ragueau, augmenté de mots & de notes, & remis dans un meilleur ordre par M. de Lauriere, *in* 4°, 2. vol.

DE M. DOMAT, Avocat du Roy à Clermont.

Les Loix Civiles dans leur ordre naturel, le Droit public, *& Legum delectus*, nouvelle Edition *in fol.* 1713.

Les mêmes *in* 4°, 6. vol.

Le Droit public, *où il y a à la fin* des Harangues prononcées par l'Auteur dans le temps qu'il exerçoit la charge d'Avocat du Roy au Siege Présidial de Clermont en Auvergne, *in* 4°. 2. vol. se vend separément.

DE M. LANGE, Avocat au Parlement.

La Nouvelle Pratique Civile, Criminelle & Beneficiale, ou le nouveau *Praticien François*, suivant les nouvelles Ordonnances, *onziéme Edition*, augmentée de Modeles d'Ecritures d'Avocats, & de plusieurs beaux Factums, *in quarto*, 2. vol. 1712.

DE M. LOUIS DU BOIS, célebre Avocat en Parlement, & DE M. SIMON.

Maximes du Droit Canonique de France, *enrichies* de plusieurs Observations tirées des Conciles, des Peres de l'Histoire Ecclesiastique, des Libertez de l'Eglise Gallicane, *des Décisions* des Cours & des meilleurs Auteurs; *Cinquiéme Edition*, de beaucoup augmentée, *in* 12. 2. vol.

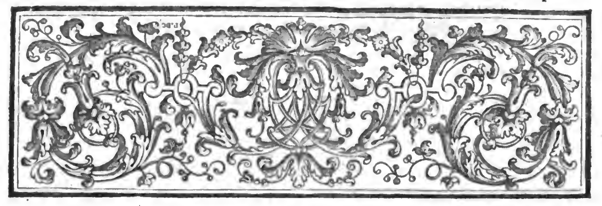
DE M. MARECHAL, SIMON ET DANTY.

Traitez des Droits Honorifiques des Seigneurs dans les Eglises, *par feu M. Marechal Avocat*, avec un Traité du Droit de Patronage, de la Presentation aux Benefices, &c. d'Arrestez servans de Décisions pour les Droits Honorifiques, & un Traité des Dîmes, *par M. Simon*, augmenté en cette nouvelle Edition des Observations faites *par M. Danty Avocat en Parlement*, sur le Traité des Droits Honorifiques de feu M. Marechal. *Des Arrests* touchant les Curez Primitifs, & touchant les Préséances, *avec des Maximes* sur les Droits Honorifiques extraits du Traité de M. de Roye, *in* 12. 2. vol.

DE M. LE PRESIDENT COCHET DE SAINT VALLIER.

Traité de l'Indult du Parlement de Paris, *ou du Droit*, que les Chanceliers, Gardes des Sceaux de France, les Présidens, Maistres des Requestes, Conseillers & autres Officiers du Parlement de Paris, *ont sur toutes* les Prelatures seculieres & régulieres du Royaume, *in* 12. 2. vol.

TRAITE'



TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

LIVRE PREMIER.

DE CEUX A QUI L'ON SUCCEDE, & de ceux qui succedent.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

SECTION PREMIERE.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS qui arrivent par la mort naturelle.

SOMMAIRE.

1. *Dans quel temps l'absent est reputé mort.*
2. *La regle generale de la matiere est, que dans le doute un homme est presumé vivre jusques à cent ans.*
3. *Exception à l'égard de celuy qui s'est perdu.*
4. *Et du Voyageur sur Mer.*
5. *Autre exception en faveur des parens, & pour le simple partage provisionnel.*
6. *Exception d'exception au cas d'une Procuration laissée par l'absent.*
7. *Ou en cas d'une donation universelle faite avant l'absence.*
8. *Depuis quel temps précisément l'absent est reputé mort.*
9. *Diverses opinions sur le jour de la mort presumée de l'absent.*
10. *Examen de l'opinion qui va à presumer l'absent mort du jour qu'il a cessé de paroistre.*
11. *Que l'opinion de ceux qui croyent, qu'il faut reputer l'absent mort du jour du partage provisionnel, est plus apparente.*
12. Quid *si sa famille precipite un partage provisionnel.*
13. *Du pere & du fils qui meurent dans un même naufrage.*
14. *Distinction entre le fils pubere & l'impubere.*
15. Quid *si une fille pubere perit avec son pere.*
16. *Arrests qui autorisent la distinction du fils pubere & de l'impubere.*
17. *Par quelles raisons on s'éloigna de cette distinction dans l'Arrest de Bobé.*
18. *Autre Arrest où l'on s'éloigna de ces principes par des raisons d'équité.*
19. *Quand l'ordre naturel ne détermine pas qui est le prémourant, celuy qui agit succombe.*



IL y a lieu de succeder, quand une succession est ouverte, & qu'il y a des heritiers capables de succeder; & il y a ouverture de succession, quand il arrive une mort naturelle, ou une mort civile. Mais on doute quelquefois de la mort naturelle à cause d'une longue absence, & c'est une question assez triviale, que de sçavoir par quel temps l'absent est reputé mort; ce que l'on a interest de regler, ou pour une femme, qui ennuyée d'une longue absence, veut passer à de secondes nôces; ou pour des heritiers, qui témoignent vouloir accomplir le testament d'un absent; ou qui veulent

1. Dans quel temps l'absent est reputé mort.

partager sa succession *ab intestat* ; ou en Droit pour la validité d'une donation d'entre conjoints, qui a besoin d'estre confirmée par la mort du donateur ; ou pour faire rentrer celuy qui a donné quelque chose à titre d'emphyteose à une ou à plusieurs vies ; ou pour sçavoir si un usufruit est fini ; ou pour regler si un tuteur rendra compte ; & cette question n'est pas seulement importante dans les Successions pour ne pas donner un effet anticipé aux vœux & aux esperances des heritiers, & ne leur pas faire partager la succession d'un homme vivant ; mais encore pour y admettre ou en exclure de certaines branches ; ce qui arrive en collaterale, où la representation n'ayant lieu qu'au profit des neveux succedant avec leurs oncles, il se trouve souvent que l'absent estant reputé mort en un certain temps, une branche en herite, laquelle seroit excluse s'il estoit censé mort quelque temps aprés ; ce qui se presenta en l'espece rapportée par Chopin sur la Coutume de Paris, *Liv. 2. tit. 3. num. 25.*

Ce qui fait la principale difficulté de cette matiere, c'est que tous les cas qui sont susceptibles de cette question ne sont pas également favorables. Car qui doute qu'il ne faille plus d'exactitude, quand il s'agit de permettre à une femme de se remarier à cause de l'absence de son mari, qui peut faire présumer sa mort, que pour permettre à des heritiers présomptifs de partager par provision les biens d'un absent ? Ainsi cette question se rapportant à plusieurs especes, il faut estre extremement circonspect à n'autoriser ses décisions que par des préjugez & par des Arrests intervenus en des cas qui ne soient ni plus ni moins favorables, que celuy dont il s'agit.

2. La regle generale de la matiere, est que dans le doute un homme est presumé vivre jusques à cent ans.

Cela presupposé, je me détermine à dire qu'en termes de *Droit* l'absent n'est reputé mort, que lorsqu'il a atteint sa centiéme année, parce que c'est le terme de la vie de l'homme, suivant l'Ecclesiaste, chap. 18. vers. 8. qui dit, *Numerus dierum hominum, ut multum centum anni*, & selon cette Loy vulgaire, *an usufructus 56. ff. de usufr.* qui décide par cette raison, qu'un usufruit que l'on a legué à une Ville ou à une Communauté, doit durer cent ans, *centum annis tuendos esse municipes, quia is finis vitæ longævi hominis est:* à quoy est conforme la Loy 8. *ff. de usu & usufr. per legat.* & la Loy *ut inter divinum 23. C. de sacros. Eccles.* qui dit que les cent ans sont *longissimum vitæ hominum tempus.* Et de là il faut conclure, qu'on ne doit point faire de partage diffinitif de la succession de l'absent, qu'il n'ait atteint cet âge ; & tout ce que les Loix du Digeste & du Code ont ordonné pour prescrire le temps auquel la femme de l'absent pouvoit passer à de secondes nôces, elles l'ont accordé à l'infirmité du sexe, quoiqu'à la fin elles se sont montrées tres-severes sur ce sujet : c'est pourquoy les textes que l'on rapporte ordinairement n'ont point d'application à nôtre matiere, ni la Loy *uxores ff. de divortiis*, qui permet à la femme de se remarier, quand elle n'a point eu de nouvelles de son mari pendant cinq années. Car pour montrer que même aux termes de cette Loy, le mari n'estoit pas reputé mort aprés les cinq ans, c'est qu'elle declare que ce sera alors un simple divorce ; ni la Loy *uxores C. de repudiis*, par laquelle l'Empereur Constantin favorisant l'impatience du sexe, permet la même chose aprés une absence de quatre ans ; ni la Novelle 22. de Justinien au §. *Novimus 14.* où cet Empereur crut rendre justice aux maris, qui estoient à la guerre, en obligeant leurs femmes de les attendre pendant dix années, le tout ayant esté corrigé par la Novelle 117. ch. 11. d'où est tirée l'Anthentique *hodie C. de repud.* qui défend aux femmes dont les maris sont à la guerre, de se remarier, si ce n'est aprés avoir eu des nouvelles certaines de leur mort, de la part de leurs Officiers, & en avoir tiré des certificats authentiques. Et aprés tout cela, il faut revenir à la regle, qui est que les cent ans sont le terme de la vie de l'homme, & qu'on n'est point reputé mort avant cet âge, sur laquelle neanmoins il faut convenir de quelques temperammens.

3. Exceptió à l'égard de celuy qui s'est perdu.

Le premier est, qu'il faut faire une grande difference entre celuy qui s'est absenté, & celuy qui s'est perdu ; parce que celuy qui a quitté son pays pour voyager, peut trouver de la satisfaction à continuer ses voyages : ainsi l'on ne présumera pas aisément la mort du Voyageur, non plus que de celuy qui en cedant à la puissance de ses ennemis, est allé éprouver ailleurs un climat plus favorable : Mais si l'on a perdu les traces de quelqu'un, sans qu'il ait entrepris aucun voyage, & si quelqu'un a cessé subitement de paroistre, l'on présume plus facilement son decés. Cette distinction est établie par deux Arrests, l'un du 7. Juillet 1629. qui a jugé, qu'un nommé Jerôme Tiellement estant allé en voyage, quoiqu'on n'eût point eu de ses nouvelles depuis seize ans, ne laissoit pas d'estre reputé avoir succedé à la Damoiselle Tiellement sa mere, decedée quatorze ans aprés son départ ; ensorte que ses creanciers furent admis à partager cette succession avec les coheritiers ; & l'autre du 2. Janvier 1634. rendu au Rôlle de Vermandois, qui a jugé qu'un jeune homme ayant esté placé chez un Procureur de la Cour, d'où il avoit disparu, sans qu'on en eût eu aucune nouvelle depuis dix ans, son ayeule qui avoit survécu deux ans depuis qu'il s'estoit ainsi perdu, luy avoit succedé, quant aux meubles, au préjudice des heritiers collateraux. Ainsi j'estime que quand quelqu'un s'est perdu en un combat, ou dans de certaines Villes qui sont des gouffres de débauches & de crimes, il est reputé mort du jour qu'il a cessé de paroistre, quoiqu'un Voyageur ne passe pour mort que par la présomption qui resulte des bornes ordinaires de la vie de l'homme, ou par d'autres équipolentes.

4. Et du Voyageur sur Mer.

Il faut neanmoins excepter du cas du voyage l'espece posée par Bartole en son Traité *Testimon. n. 37.* où il dit, que de même que si quelqu'un a cessé de paroistre depuis un combat où il estoit, l'on présume aisément qu'il est mort dans ce combat : aussi s'il y a des nouvelles certaines qu'un Voyageur soit parti d'un Port de Mer, pour aller quelque part, & que long-temps aprés l'on n'ait aucunes nouvelles du Vaisseau, ni du Voyageur, & que le Vaisseau passe pour perdu, ce bruit commun sera une forte preuve de la perte du Vaisseau, & de la mort du Voyageur.

5. Autre exception en faveur des parens, & pour le simple partage provisionnel.

Le second temperamment est, qu'encore que l'on présuppose que les cent années sont les bornes de la vie de l'homme, on ne laisse pas quelquefois de partager les biens de l'absent par provision aprés un espace de temps raisonnable ; & cela ne se fait pas tant à titre de succession, qu'à titre de dépost & de sequestre, selon Charondas en ses Rép. Liv. 7. R. 106. & 107. A quoy est conforme l'Arrest du 27. Avril 1662. rendu pour la succession du sieur Haultin, Auditeur des Comptes, qui permit à ses heritiers de faire l'ouverture d'une Cassette & d'un Testament aprés trois à quatre ans d'absence. Il y a quelques Coutumes dans le Royaume qui en disposent, comme en la Coutume du Maine, qui dit en l'art. 287.

que si quelqu'un est absent depuis sept années, sans que sa femme, ni ses enfans, ni autres, ayent eu de ses nouvelles, ses heritiers se peuvent faire ensaisiner des choses de sa succession. A quoy est conforme l'art. 268. de la Coutume d'Anjou : mais la Coutume de Hainault chap. 77. art. dernier, permet la même chose aprés trois ans accomplis d'absence. Du Pineau sur l'art. 269. de la Coutume d'Anjou, observe tres-bien, que dans ces Coutumes l'absent n'est pas censé mort aprés sept ans, mais que l'on permet seulement aux heritiers de se faire ensaisiner de ses biens pour se les conserver ; qu'en effet ces Coutumes parlant des parens de l'absent, elles ne les qualifient pas heritiers ; mais elles appellent à cette saisine provisionnelle ceux qui doivent estre ses heritiers, & qu'enfin elles les obligent à restitution en cas que l'absent revienne ; ce qui marque qu'elles ne présument pas sa mort par une si courte absence. Que s'il n'y a qu'un parent dans le plus proche degré, il doit estre dépositaire de tous les biens.

6. Exception d'exception, au cas d'une Procuration laissée par l'absent. Ceci souffre une exception, qui est que lorsque l'absent a laissé en partant une procuration, si c'est à un des heritiers présomptifs, on l'execute jusques à son retour, ou jusques à ce qu'il y ait des nouvelles certaines de sa mort ; parce qu'entre plusieurs personnes dont le droit est égal, on laisse la possession à celuy qui l'a déja ; ce qui se voit avoir esté jugé par un Arrest du Parlement de Toulouse du mois de May 1564. rapporté par M. Maynard, *Liv. 7. ch. 95.* par lequel l'on ordonna que le frere aîné à qui l'absent avoit laissé en partant une procuration, continueroit de joüir en vertu de sa procuration, jusques à ce qu'il eût apparu de la mort de l'absent, dont les autres freres pourroient faire preuve dans trois mois. Que si la procuration a esté laissée à un étranger, on l'évince aprés un temps raisonnable, que la plûpart fixent à dix ans, & on l'oblige de rendre compte de sa recette, & les heritiers présomptifs partagent par provision, suivant un Arrest rapporté par Chenu qu. 77. mais alors ils doivent garantir le Procureur de l'indemniser du tout envers l'absent, en cas qu'il revienne.

7. Ou en cas d'une donation universelle faite avant l'absence. Que si l'absent a fait une donation universelle de ses biens avant son départ, & que le donataire soit en possession ; en ce cas, quoiqu'il y ait quelque défaut dans la donation, pourvû que ce ne soit pas de ceux qui font douter de la verité de l'acte, les parens ne la peuvent pas contester, ni obtenir un partage provisionnel des biens, qu'ils ne fassent la preuve de la mort de l'absent ; parce que la possession du donataire doit prévaloir au droit des heritiers, qui n'est fondé que sur le decés dont le fait est incertain ; ce qui a esté jugé par un Arrest du 13. Juillet 1654. rapporté par Henrys, *Tom. 2. liv. 4. qu. 46.* ainsi la provision demeurera au donataire.

8. De quel temps l'absent est reputé mort. L'on ne peut pas déterminer de quel temps doit estre l'absence pour donner lieu à un partage provisionnel, & cela doit estre laissé à l'arbitrage du Juge, qui examinera les circonstances ; mais il est extremement important de sçavoir de quel temps on repute mort celuy qui est absent depuis long-temps, & supposé qu'on le repute mort du jour qu'il a cessé de paroistre, comme on peut conclure de la disposition du Droit en la Loy *in bello 12. §. 1. ff. de capt.* où il est dit, *nam defuncto illo apud hostes ex quo captus est, patres familiarum, reverso nunquam non in ejus potestate fuisse credentur.* L'on peut demander pourquoy donc dans l'Arrest de Tiellement du 7. Juillet 1629. qui vient d'estre rapporté, on a jugé au profit des creanciers d'un absent depuis seize ou dix-sept ans, qu'il avoit succedé à sa mere, laquelle n'estoit decedée que quatorze ans aprés son départ. Car si l'absent est reputé mort du jour qu'il a cessé de paroistre, il ne peut plus succeder de ce jour, & jusqu'à present le droit de representation n'a point esté établi au profit des creanciers.

Aussi tout le monde ne suit pas cette disposition du Droit : car les uns disent, que l'absent est reputé mort du jour du partage provisionnel, parce que c'est le consentement de la famille : les autres, qu'il doit estre censé mort du temps des dernieres nouvelles qu'on a euës de luy ; & si l'on n'en a point eu depuis son voyage, qu'il est présumé mort depuis son départ, parce que, disent-ils, dans le doute, l'on ne peut faire autre chose que de reputer l'absent pour mort, depuis qu'il l'est à la connoissance des hommes ; & cette derniere opinion semble estre appuyée non seulement des termes de la Loy *in bello 12. §. 1. ff. de capt.* mais de la Loy *in omnibus 18.* du même titre qui porte, *in omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est* : à quoy est conforme la Loy *cum hic status §. 14. ff. de donat. inter.* Quoy qu'à vray dire il y a quelque raison de difference entre celuy qui estant Citoyen Romain estoit fait prisonnier de guerre, & un absent pour voyage ou autrement. Car celuy qui estoit pris en guerre, perdoit son état, & il ne le recouvroit à son retour que par un Privilege & un Passe-droit, en sorte que s'il ne revenoit pas, il estoit reputé avoir souffert cette perte de son état, & estre mort civilement du jour de sa prise, & le testament qu'il avoit fait chez les ennemis ne subsistoit point. Aussi quand la Loy dit, qu'il est reputé mort du jour de sa prise, c'est en consequence de la perte de son état & de sa mort civile, qui n'arrive pas à un absent.

9. Diverses opinions sur le jour de la mort présumée de l'absent.

10. Examen de l'opinion qui va à présumer l'absent mort du jour qu'il a cessé de paroistre.

Cette derniere opinion ne pouvant donc estre appuyée sur ces textes de Droit, ne s'accordant pas d'ailleurs avec les Arrests, comme il va estre montré, & allant à établir une présomption peu apparente, que quand on n'a point eu de nouvelles d'un Voyageur depuis un long-temps, il soit mort du moment de son départ, ou des dernieres nouvelles qu'on a euës de luy ; ce n'est pas sans raison que plusieurs s'en éloignent pour s'attacher à la premiere, qui est même fondée sur la Loy *nec nos praterit. 4. de postlim. reverf.* & pour conclure que l'absent est reputé mort du jour du partage provisionnel, & que de ce jour les successions qui peuvent arriver ne le concernent plus : mais que tandis que l'on n'a point fait un partage provisionnel des biens de l'absent, & qu'il n'a pas encore atteint sa centiéme année, que l'on présuppose le dernier limite de la vie, il peut toûjours succeder quand il se trouve en degré, parce qu'il n'y a aucune preuve physique ni morale de son decés, & dans cette ouverture on sauve les principes, les Arrests & la vraisemblance. Car on suppose la vie de l'absent jusqu'à ce qu'il ait atteint les cent années dont il est parlé en la Loy 23. *C. de sacros. Eccles.* & on luy donne dans cette présupposition les successions qui arrivent, jusqu'à ce que les parens présumant sa mort par une longue absence, il se fasse un partage provisionnel de ses biens du consentement de toute la famille. Car alors l'absent estant reputé mort, les successions qui peuvent arriver, ne le regardent plus, & l'on suit en tout cette provision jusqu'à son retour, ou jusqu'à ce qu'il y ait des nouvelles

11. Que l'opinion de ceux qui croyent qu'il faut reputer l'absent mort du jour du partage provisionnel, est plus apparente.

certaines de sa vie ou de sa mort.

Aussi dans les Coutumes qui portent que les parens de celuy qui est absent depuis sept ans, se peuvent faire ensaisiner de ses biens, l'on a jugé, que quand on n'a receu aucunes nouvelles pendant les sept ans, la mort n'estoit présumée que depuis les sept ans accomplis, & non pas du jour de l'absence, depuis lequel jusqu'aux sept ans accomplis, il pouvoit succeder, ou ses creanciers pour luy; & il y en a deux Arrests rendus en la Coutume du Maine, rapportez par Loüis sur l'art. 287. la Loy municipale faisant en ce cas ce que nous disons que le consentement de la famille opere dans le droit commun.

12. *Quid si la famille precipite un partage provisionnel.*

Que si la famille precipite un partage provisionnel, pour frustrer les creanciers de l'absent, des successions qui le regardent, ces creanciers sont-ils exclus de demander pour luy le partage de ces successions? Il faut répondre que ce consentement de la famille n'a effet que dans la famille même, & ne fait passer l'absent pour mort qu'à l'égard des parens: ensorte que ses enfans, par exemple, qui auront fait un tel partage, ne pourront pas venir de son chef à la succession d'un sien oncle par droit de representation, & ils en seront exclus de leur propre chef, estant hors des termes de representation: mais il ne fait pas loy contre les creanciers de l'absent, à l'égard desquels si l'absent ne s'est perdu en une bataille, ou en un voyage de Mer, ou autrement, il est reputé vivre jusqu'à cent ans dans les Coutumes qui n'ont point de disposition contraire, & ils pourront de son chef venir à partage des successions qui arrivent pendant son absence, parce que *certant de damno vitando*, au lieu que les coheritiers qui les veulent exclure, *certant de lucro captando*; ce qui a esté jugé par Messieurs de la quatriéme des Enquestes en l'année 1672. le 13. Fevrier, Monsieur le President Pelletier prononçant; les parties estoient les heritiers d'André Langlet & de Vaubourg Caisse d'une part, & Nicolas Tourtebatte & Jacques Baron, creanciers de Pierre Langlet. Il s'agissoit d'une succession échûë à l'absent dix-neuf ans aprés son départ, qui fut ajugée à ses creanciers, à la charge de donner bonne & suffisante caution, de rapporter en cas que les heritiers fissent apparoir que l'absent fût mort avant l'écheance de cette succession. Il est vray qu'il semble qu'il y ait quelque inconvenient de faire entrer des étrangers pendant un si long-temps dans les affaires les plus secrettes d'une famille, comme des contradicteurs perpetuels; mais c'est aux parens à verifier la mort, & sans cela l'on ne peut faire autre chose que de s'attacher aux regles qui veulent, que hors des circonstances particulieres l'on présume qu'un siecle entier est la durée de la vie de l'homme.

13. *Du pere & du fils qui meurẽt dans un même naufrage.*

Quelquefois l'on doute aussi qui du pere ou du fils est presumé decedé le premier, parce qu'ils ont peri par un même accident, par la ruine d'un édifice, ou par un naufrage; ce qui peut tirer à consequence pour les meubles, au cas, par exemple, que le fils estant unique, les heritiers du pere prétendent qu'il a succedé à son fils aux meubles & acquests, & qu'au contraire les plus proches heritiers du fils du côté de sa mere, prétendent que le fils ait survécu son pere, qu'il luy ait succedé, & qu'étant les plus proches heritiers du fils, les meubles de l'une & de l'autre succession leur appartiennent.

14. *Distinction entre le fils pubere & l'impubere.*

Et l'on peut dire que ces sortes de causes dépendent principalement des circonstances, & que les décisions que le Droit nous a données sur cette matiere, & qui nous renvoyent à considerer l'âge & la force de ceux qui sont peris par un même accident, ne sont que subsidiaires aux circonstances particulieres du fait. Car, par exemple, l'on ne peut pas douter que le feu qui a commencé au premier étage d'une maison, n'y ait consommé ceux qui y couchoient, avant ceux qui estoient au dernier étage où il a fini, & que le fils qui estoit dans l'avantgarde de la bataille, ne soit censé mort avant le pere qui estoit dans l'arrieregarde. Il ne faut pas beaucoup de recherches pour montrer que quand le Droit a établi la distinction de la force & de l'âge, il ne l'a fait qu'au défaut de ces circonstances, & nous en rapporterons au nombre 17. un exemple tiré des Arrests: mais ces circonstances venant à manquer, il faut dire qu'en fait de successions on distingue ordinairement entre le fils pubere & l'impubere, & l'on présume que le fils pubere est mort le dernier, comme plus jeune & plus vigoureux que le pere. Et d'ailleurs à cause du vœu de la nature, *propter votum transmittendæ hereditatis*, dit Bartole; ce qui est fondé en la Loy *Qui duos §. 1. ff. de reb. dub.* & en la Loy *Cum pubere 23.* du même titre, qui dit, *cum pubere filio mater naufragio periit, cùm explorari non possit uter prior extinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse*, & qu'au contraire l'impubere est mort avant le pere, comme estant plus foible & plus delicat, suivant la décision de la Loy *Inter socerum 26. ff. de pact. dotal.* qui dit, *verisimile videbatur ante matrem infantem periisse.*

15. *Quid si une fille pubere perit avec son pere.*

Ce qui vient d'estre dit est indubitable, supposé que le pere & l'enfant soient de même sexe; mais si une fille pubere a peri conjointement avec son pere, il y a lieu de douter, qu'à cause de la foiblesse du sexe elle ne soit reputée morte la premiere, suivant la Loy *Qui duos §. si maritus ff. de reb. dub.* Mais je n'estime pas que l'on doive s'éloigner en ce rencontre de l'ordre naturel, le défaut du sexe n'estant pas si considerable que le défaut de l'âge; & quoiqu'il n'y ait point de texte précis à cet égard, ni de Loy qui soit dans l'hypothese d'une fille pubere morte par un même accident que son pere, neanmoins Covarruvias, *lib. 2. resolut. c. 7.* est d'avis que l'on suive encore l'ordre naturel en cette espece. Aussi il semble qu'il faut que la Loy y déroge expressément, & que sans cela il n'est pas permis de s'en éloigner: Or la Loy dit bien que l'impubere est présumé mort avant ses parens, & la Loy *Similiter 24. ff. de reb. dub.* y est précise; mais elle ne dit pas, que la fille pubere à cause de son sexe, soit censée morte avant le pere. Ainsi l'on doit suivre l'ordre naturel.

16. *Arrests qui autorisent la distinction du fils pubere & de l'impubere.*

Nôtre distinction de l'enfant pubere ou impubere a esté confirmée par plusieurs Arrests. Car le nommé Thomas Joly, Marchand, ayant esté tué avec son fils, qui estoit pubere, à une attaque qui se fit de quelques retranchemens vers la porte saint Marcel de cette ville de Paris, le jour de la Toussaints 1589. sans que l'on pût distinguer d'ailleurs, qui estoit mort le premier des deux, la Cour ajugea à la mere la succession mobiliaire du pere, qui luy estoit contestée par un cousin paternel du fils, & jugea que le fils pubere avoit succedé au pere; cet Arrest fut prononcé en robes rouges le 14. Aoust 1591.

Au contraire, un bateau ayant peri sur la Loire, & une mere, & sa fille âgée de quatre ans seulement, ayant esté noyées, par Arrest rendu en l'Audience de la Grand'Chambre, le Vendredi de relevée 9. Fevrier 1629. qui est rapporté

dans le Journal de Dufresne, la Cour ajugea la succession mobiliaire de la mere à ses heritiers collateraux au préjudice du pere, & jugea par consequent que la fille de quatre ans estoit présumée morte la premiere dans le commun naufrage.

Les circonstances ont neanmoins donné lieu de se relâcher quelquefois de cette regle, comme en l'espece de l'assassinat commis en la personne de la fille de Maistre Charles du Molin, femme du nommé Bobé, laquelle avoit esté massacrée par des voleurs la nuit du Samedi 19. Fevrier 1572. car ne s'agissant point en cette espece, qui de la mere ou des enfans estoit présumé decedé le dernier selon les forces de la nature, mais bien selon l'interest & le premier instinct des assassins, l'on présuma qu'ils avoient tué la mere, qui leur faisoit plus d'obstacle, avant les enfans, & quoique ces enfans fussent seulement âgez l'un de huit ans, & l'autre de vingt-deux mois, la Cour estant persuadée qu'ils avoient survécu à leur mere, ajugea à Simon Bobé les meubles de la mere. Voilà quelle fut la décision de cet Arrest, appellé au Palais l'Arrest de Bobé : & voilà l'histoire de cet horrible crime, par lequel la posterité de Maistre Charles du Molin fut éteinte, & qui nous fit perdre les dernieres traces d'un sang qui pouvoit encore profiter au Public, puisque la source luy en avoit esté si salutaire.

17. Par quelles raisons on s'éloigna de cette distinction dans l'Arrest de Bobé.

Il y aussi des cas dans lesquels la seule équité le persuadant ainsi, il est permis de s'éloigner de l'ordre naturel, & de présumer que le fils pubere est decedé avant le pere, ce qui a fait dire en general à Monsieur Cujas sur la Loy *Inter socerum 26. ff. de pact. dotal.* que les Jurisconsultes ne s'arrestent dans cette matiere qu'aux raisons d'humanité, & c'est le sujet d'un fameux Arrest rapporté par Maistre Antoine Mornac sur cette Loy, & par Monsieur Bouguier sous la lettre C. n. 4. Dans cette espece : Un nommé Jean Baudouin, qui avoit esté marié trois fois, avoit esté enseveli sous les ruines du Pont aux Meusniers, aujourd'hui le Pont au Change de cette ville de Paris, avec la mere de sa premiere femme, & une fille qui estoit un des trois enfans de son premier lit. Ce qui donna lieu aux enfans des deux derniers lits de prétendre que cette petite fille avoit survécu son ayeule, estant morte avec elle en puberté, que par consequent elle avoit esté son heritiere, & que les meubles de l'une & de l'autre succession devoient estre partagez entre les trois lits, ce qu'ils avoient déja fait juger par Sentence du Chastelet de Paris, dont y ayant eu appel en la Cour, elle infirma la Sentence, & par cet Arrest qui est du 5. Janvier 1599. elle ajugea les meubles en question aux deux autres enfans du premier lit ; & jugea par consequent que cette petite fille, quoiqu'en puberté, estoit morte avant son ayeule dans un commun naufrage, sur cette raison d'équité, qu'il estoit plus à propos de faire succeder aux biens de cette ayeule les enfans du premier lit, qui étoient ses petits fils, que ceux du second & troisiéme lit de Jean Baudouin, qui luy estoient entierement étrangers. Car il faut demeurer d'accord que par dessus toutes les regles de ces matieres, soit qu'il s'agisse de fixer la mort d'un absent, soit qu'il soit question de développer le dernier moment de ceux qui perissent dans un même naufrage, on doit toûjours avoir beaucoup d'égards aux causes qui sont fondées sur l'équité naturelle, comme il resulte de la Loy *Cum hic status §. 14. ff. de donat. inter*, de la Loy *Qui duos §. cum bello, vers. si cum, & §. si maritus ff. de captivis*, & de la Loy *Si fuerit. 10. §. plane ff. de reb. dub.* & des Arrests rapportez par Monsieur Bouguier, lettre C. nomb. 4.

18. Autre Arrest, où l'on s'éloigna de ces principes par des raisons d'équité.

Que si les circonstances particulieres, ni l'ordre naturel ne demandent pas, que l'un de ceux qui decedent dans un même naufrage, soit censé mort plutost que l'autre ; celuy qui est obligé de faire la preuve en pareil cas, succombe necessairement, comme si un creancier de l'un de deux freres tous deux puberes, qui sont decedez dans un même naufrage, prétend que son debiteur a succedé à son frere, Bartole sur cette même Loy *Quod de pariter 16. ff. de reb. dub.* sur la fin : ou si l'heritier d'un de ceux qui sont morts dans un même naufrage, soûtient que la donation faite par celuy dont il est heritier, est censée revoquée par le prédecés de l'autre, qui estoit le donataire, car en ce cas il doit prouver le prédecés. C'est l'espece d'un Arrest rapporté par Automne sur la Loy 8. *ff. de reb. dub.* par lequel le Parlement de Bordeaux jugea, qu'un mari donateur & une femme donataire, estant morts dans un même naufrage, la donation devoit avoir effet, & n'étoit pas censée revoquée par le prédecés de la femme, nonobstant la foiblesse du sexe.

19. Quand l'ordre naturel ne détermine pas qui est le prémourant, celuy qui agit, succombe.

Voilà donc les degrez de cette matiere, il faut examiner les circonstances du fait, aprés l'age & le temperamment, quelquefois les principes d'équité, & toutes choses égales, l'on doit incliner contre celuy qui tire son droit du prétendu prédecés.

SECTION II.

De l'ouverture des Successions qui arrive par la mort civile.

SOMMAIRE.

1. *Des condamnez à mort, & de leurs successions.*
2. *De quel jour l'on succede aux condamnez par contumaces.*
3. *Du condamné qui decede aprés les cinq ans, sans s'estre representé.*
4. *De celuy qui meurt pendant les cinq ans.*
5. *De celuy qui meurt pendant l'appel, & qu'il meurt* integri status.
6. *De celuy qui meurt pendant l'accusation.*
7. *De celuy, qui ayant esté condamné par contumaces, s'est representé, & dont la Sentence est confirmée.*

1. Des condamnez à mort, & de leurs successions.

APRE'S avoir parlé de l'ouverture de la succession, qui arrive par la mort naturelle, il faut traiter de celle qui arrive par la mort civile, ou à ceux qui perdent leur état pour punition de leurs crimes ; ou à ceux qui le perdent volontairement par leur profession en Religion. La mort civile qui suit la punition du crime, donne ouverture à une succession, & si c'est le fisc qui succede, c'est une succession irreguliere dont il ne s'agit pas. Mais comme il y a des

Coutumes où la confiscation n'a point lieu, au moins celle des immeubles, par exemple, la Coutume d'Anjou, art. 142. & celle du Maine, art. 157. que même l'ancienne Coutume de Berry excluoit la confiscation en crime de leze-Majesté, & que la nouvelle, *tit. 2. art. 1. & 2.* l'exclut en tout autre crime, & que la Province de Guyenne par un privilege special, qui luy a esté accordé par le Roy Jean en l'an 1357. ne reconnoist point le droit de confiscation. En quoy ces Provinces sont plus conformes au Droit Romain, & à l'Auth. *Bona C. de bonis proscript. seu damnat.* qui a aboli la confiscation en tous crimes, à l'exception de celuy de leze-Majesté, dans ces Païs, dis-je, la mort civile donne lieu aux heritiers présomptifs de succeder ; ce qui s'observe au cas même que la condamnation intervienne en un lieu où la confiscation est établie, & qu'il y ait des biens situez en des Coutumes où elle n'a point lieu ; car les parens succederont à ces biens, quoique l'amende se prenne indistinctement sur tous les biens, & au sol la livre, suivant un Arrest du 13. Fevrier 1588. rapporté par Charondas en ses Rép. liv. 9. chap. 52.

2. De quel jour l'on succede aux condamnez par contumaces.

Il y a lieu de douter de quel jour on succede aux condamnez par contumaces, si du jour de la condamnation, ou depuis que les cinq ans, qui leur sont donnez par l'article 28. de l'Ordonnance de Moulins de l'an 1566. pour purger leurs défauts & contumaces, sont expirez : ou du jour de leur mort naturelle, en cas qu'ils decedent pendant les cinq ans, ou pendant l'appel : ou du jour de l'execution, en cas que s'étant representez, & les défauts & contumaces ayant esté mis au neant, ils soient derechef condamnez & executez : Et en premier lieu, le condamné qui ne se represente point dutout, & passe les cinq ans sans purger la contumace, est reputé mort civilement du jour de sa condamnation : car comme dit la Loy *Qui ultimo 29. ff. de pœnis*, regulierement la mort civile suit immédiatement la condamnation capitale. *Qui ultimo supplicio damnantur, statim & civitatem & libertatem perdunt, itaque praeoccupat hic casus mortem.* Que si l'Ordonnance permet aux condamnez par défaut de purger leur contumace dans les cinq ans, si on les reçoit même à la purger en tout temps par la faveur de la justification, il est au moins constant, que quand ils ont laissé écouler le temps de l'Ordonnance, & qu'ils sont decedez ensuite sans se representer, à moins que leurs heritiers ne justifient leur memoire, ils doivent estre reputez morts du jour de leur condamnation, & non du jour de leur mort naturelle, & que de ce jour de leur Sentence leur succession est ouverte. Mais si quelqu'un ayant esté condamné par contumace meurt pendant les cinq ans, il meurt *integri status*, parce qu'il pouvoit se representer & se faire absoudre, & qu'il estoit encore, lors de sa mort, dans le temps de l'Ordonnance.

3. Du condamné qui meurt aprés les cinq ans sans s'estre representé.

4. De celuy qui meurt pendant les cinq ans.

5. De celuy qui meurt pendant l'appel, & qu'il meurt integri status.

En second lieu, le condamné qui meurt pendant l'appel, en quelque temps qu'il l'ait interjetté, pourvû qu'il se soit representé, est reputé mourir *integri status* ; mais ce n'est pas par la raison que quelques-uns alleguent, que l'appel éteint & aneantit le jugement en matiere criminelle ; car cela n'a pas lieu indistinctement, mais seulement pour les crimes legers, qui emportent quelque peine infamante, suivant la Loy *Furti, ff. de his qui notantur infamia* : Et à l'égard des crimes capitaux, l'appel n'éteint point la condamnation, sinon en tant qu'il est suivi d'une absolution, comme il resulte de l'Arrest qui va être cité. Que si la condamnation est confirmée, le condamné est reputé avoir esté privé des effets civils du jour de la premiere Sentence, & ses creanciers ne peuvent rien prétendre aux successions qui luy sont échûës pendant l'appel, comme il a esté jugé par l'Arrest du Jeudy 10. Janvier 1630. donc la veritable raison est, que l'on juge toûjours favorablement pour l'état & pour la liberté, & qu'ainsi quand quelqu'un meurt avant que l'on ait prononcé sur l'appel d'une condamnation capitale intervenuë contre luy, la seule suspension que l'appel donne à la Sentence suffit pour le faire reputer mort dans l'état naturel, c'est à dire, dans la liberté & dans l'innocence. C'est pourquoy le testament de celuy qui meurt pendant qu'il est accusé d'un crime capital, quoiqu'il soit dans les liens & dans les prisons, ou de celuy qui meurt pendant l'appel d'une condamnation capitale, est bon & valable, suivant la Loy *Si quis 9.* & la Loy *Qui à latronibus §. 2. ff. de testam.* Et il ne faut pas objecter ce qui est dit en l'art. 6. de l'Ordonnance du 26. Novembre 1639. que les enfans nez d'un mariage contracté par des condamnez, sont incapables de successions, si avant leur decés ils n'ont esté relevez des condamnations, car cet article s'entend des condamnez à mort qui sont decedez aprés les cinq ans sans avoir interjetté appel de leur condamnation.

6. De celuy qui meurt durant l'accusation.

D'où il resulte, que si quelqu'un meurt durant l'accusation, sa succession n'est reputée ouverte que du jour de sa mort naturelle, quelque conviction qu'il y ait contre luy, ce qui ne peut pas recevoir de difficulté.

7. De celuy qui ayant esté condamné par contumaces s'est representé, & dont la Sentence est confirmée.

Il faut conclure de ce qui vient d'estre dit, que si quelqu'un ayant esté condamné par contumace se represente, & soit derechef condamné & executé, il est reputé mort civilement du jour de sa premiere condamnation seulement, & non pas du jour du crime, ni de l'accusation : de sorte que ceux qui sont alors capables de luy succeder en païs où il n'y a point de confiscation, doivent estre preferez aux heritiers de ceux qui estoient ses plus proches lors du crime commis, & qui sont decedez avant la condamnation.

La raison est, que ce crime ni l'accusation ne font point perdre l'état à un criminel : & si le crime produit une espece d'hypoteque tacite pour les interests civils, qui les rend preferables aux hypoteques créées entre le crime & la condamnation, au moins il ne produit point d'incapacité ni d'interdiction, & encore moins de mort civile.

La seule exception est dans le cas de la Loy *Post contractum C. de donation.* qui regarde les dispositions à titre gratuit. Aussi l'on voit dans le Traité des Hypoteques de Basnage, chap. 13. que dans l'espece des Arrests qu'il rapporte, les parties civiles n'ont jamais contesté que pour cette préference, sans prétendre que du moment que l'accusé a commis le crime, il ait esté interdit de contracter : d'où il s'ensuit qu'il ne l'est pas non plus de pouvoir succeder, comme il a même esté jugé par un Arrest que nous rapporterons, Chap. 2. Sect. 3. n. 1. & qu'on ne luy succede point en ce moment.

Enfin l'Ordonnance de 1670. décide cette question au titre des défauts & contumaces, art. 29. lorsqu'elle dit, que celuy qui a esté condamné à mort ou au bannissement perpetuel, ou aux galeres perpetuelles par défauts & contumaces, & qui est mort aprés les cinq ans, est reputé mort civilement du jour de l'execution de la Sentence de contumace ; car si le seul crime en general

produisoit la mort civile, ce seroit principalement à l'égard d'un accusé, qui meurt aprés les cinq ans sans s'estre representé.

Peut-estre neanmoins que l'on jugeroit en faveur d'une famille, que la mort civile de l'accusé auroit eu lieu du jour du crime, quand il s'agiroit de sçavoir si les successions qui seroient échûës depuis son crime, & avant sa condamnation, feroient partie de sa confiscation, en Coutumes où elle a lieu, comme à Paris, n'estant pas nouveau que les Loix plient quelquefois en faveur des familles, & contre l'interest du fisc; comme l'on voit qu'il a esté jugé, que le fisc estant aux droits d'un des heritiers, ne peut pas profiter des reserves coutumieres, ni faire reduire par exemple des dispositions testamentaires au quint des propres, ni se prevaloir d'un ameublissement fait par contrat de mariage, ni de la prohibition de se donner entre conjoints, ni de la renonciation à une succession future faite par une fille. C'est ainsi que Maistre Charles du Molin a estimé sur l'art. 32. de la Coutume de Tours, que pour exclure le fisc il suffit d'estre *in quasi possessione parentelæ.* C'est ainsi qu'en Normandie le fisc estant aux droits d'un aîné, ne peut avoir qu'un partage égal, suivant l'art. 344. de la Coutume, & que l'article trois cens vingt-huit de la Coutume de Bourbonnois ayant appellé le Seigneur à la succession des biens, ausquels les parens ne sont habiles à succeder, Maître Charles du Molin a dit sur cet article, que cette incapacité se doit entendre d'une incapacité generale, comme celle d'un Moine ou d'un bâtard.

Ces exemples & plusieurs autres qu'il seroit trop long de rapporter, ont servi à établir la maxime ordinaire, qu'en fait de successions le fisc a toûjours le dernier lieu.

SECTION III.

De l'ouverture de Succession qui arrive par la Profession en Religion.

SOMMAIRE.

1. *Difference du Droit Romain, & du Droit François, touchant la succession du Religieux.*
2. *Si les parens succedent au Religieux Evêque.*
3. *Exemple approchant dans la translation d'un Religieux.*
4. *Si les parens succedent au Religieux secularisé.*
5. *De la Profession tacite, & qu'elle ne fait point ouverture de succession.*
6. *Qu'il doit estre dressé Acte, & tenu Registre de la Profession.*
7. *Jurisprudence pour les Jesuites.*
8. *Des Hermites.*
9. *Arrest de de la Noüe.*

1\. Difference du Droit Romain & du Droit François, touchant la succession du Religieux.

A L'égard de la mort civile qui arrive par la Profession du Religieux, elle est de nôtre Droit; car par la Loy *Generaliter. C. de sacros. Eccles.* bien loin que le Religieux fust reputé mort civilement, au contraire il conservoit la faculté de disposer de son bien, & cette faculté luy est bien ôtée par l'Authentique *Ingressi C. eod.* mais c'est parce qu'au moyen de sa Profession, tout son bien appartient au Monastere, à l'exception de ce qu'il en distribuë à ses enfans, ou de leur legitime, s'il ne leur faisoit pas justice. Mais nous nous sommes fait un point de police publique de ne pas rendre ainsi les Monasteres heritiers des biens que leurs Religieux peuvent avoir lors de leur Profession; & nous estimons enfin que du moment de leur engagement, ils sont morts civilement comme des condamnez. Ce que Maistre Charles du Molin sur la quest. 122. de *Joann. Gall.* dit s'observer en pays de Droit écrit, & M. Maynard liv. 7. chap. 18. dit, que de ce jour non seulement leur succession est ouverte; mais que leur testament doit avoir lieu, aussi bien que la substitution qui leur a esté faite, en cas qu'ils decedassent sans enfans, & il atteste que c'est l'usage du Parlement de Toulouse. Quoique nous ayons un Arrest qui est le 135. de ceux de Monthelon, qui a jugé qu'en fait de substitution la mort civile du Religieux n'estoit pas à comparer entierement à la naturelle, & ne donnoit lieu à celuy qui estoit substitué au Religieux, de disposer des biens substituez, qu'en cas qu'il luy survécût. Quoy qu'il en soit, l'art. 28. de l'Ordonnance de Blois de l'an 1579. appelle en ce cas leurs heritiers présomptifs à leur succession.

2\. Si les parens succedent au Religieux Evêque.

Les parens succedent encore d'une autre maniere au Religieux, lorsqu'il est fait Evêque. Car tout ce qu'il acquiert pendant qu'il possede cette dignité, appartient à la famille, contre la disposition du Canon *Statutum 18. qu. 1.* ce qui a esté jugé pour la succession de Monsieur Fouré Evêque de Châlons, & Religieux Jacobin, par Arrest de la prononciation de Pâque 1585. & par plusieurs autres rapportez par le Commentateur de Monsieur Loüet sur la lettre E. nomb. 4. & dans M. Anne Rob. liv. 4. ch. 3. La raison qu'on a eu pour ajuger cette succession à la famille, a esté que l'on ne pouvoit pas admettre le Monastere à la succession de ces biens, puisqu'ils ne procedent point des revenus du Convent, ni d'aucun Benefice affecté à l'Ordre; que l'on n'y pouvoit pas non plus admettre le Chapitre, lequel dans nôtre usage ne succede point à l'Evêque, ni le successeur par la même raison, ni le Seigneur Haut-Justicier, parce que la dignité de l'Episcopat secularisant l'Evêque, l'a rendu à sa famille, & qu'ainsi il ne restoit que de l'ajuger aux parens qui sont appellez regulierement à la succession des Evêques, la dignité de l'Episcopat prévalant icy sur la qualité de Religieux; ce sont les motifs qui formerent l'art. 151. de l'ancienne Coutume de Paris, & le 336. de la nouvelle.

3\. Exemple approchant dans la translation d'un Religieux.

L'on juge quelque chose d'approchant dans le cas de la translation d'un Religieux d'un Convent en un autre: car si lors du decés du Religieux il y avoit du temps que sa translation avoit esté faite, l'on ajuge son pecule au nouveau Convent, selon l'Arrest rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 47.

4\. Si les parens succedent au Religieux secularisé.

Au contraire, si l'on secularise un Convent, & qu'un des Chanoines vienne à deceder, ses parens ne luy succedent point. Les Bulles de secularisation contiennent ordinairement une clause juste dans le fond; mais qui n'est pas neanmoins de la Jurisdiction de la Cour de Rome, que ces Religieux ainsi secularisez ne pourront succeder même pour l'avenir à leurs parens, & seront incapables de tous fideicommis & de toutes substitutions; enfin qu'ils ne pourront faire aucunes

acquisitions, si ce n'est pour aumôner à l'Abbaye ou au Chapitre : ensorte qu'il est vray de dire, que ces Religieux secularisez, c'est à dire, ceux du Chapitre qui avoient fait leurs vœux avant la secularisation, conservent toûjours les marques de leur ancien esclavage.

A collo trahitur pars longua catena.

Et comme ils ne peuvent succeder, je tiens que leur famille ne leur succede point; mais bien leur Chapitre. Les dommages & interests qui sont dûs pour l'homicide commis en leur personne, appartiennent à leur Chapitre, non à leurs parens, comme ceux qui sont dûs pour la mort du simple Religieux non secularisé, appartiennent à son Abbé, selon l'art. 7. du tit. 20. de la Coutume du Comté de Hainault. L'incapacité de succeder leur est commune avec les Religieux devenus Evêques; mais la dignité de l'Episcopat dégageant les Religieux de leur servitude d'une maniere beaucoup plus noble, & qui répand même un nouvel éclat sur leur famille, a cet avantage sur la simple secularisation d'une Abbaye, qu'elle fait succeder la famille, ce que la secularisation n'opere pas.

5. De la Profession tacite, & qu'elle ne fait point ouverture de succession.

Il est aussi necessaire d'observer en ce rencontre, que quoiqu'il y ait quelques Ordonnances, comme entr'autres une du Roy François I. de l'an 1532. donnée à Chasteaubriant, qui disent que les Moines qui auront fait profession expresse ou tacite, ne pourront succeder, par où il semble que les professions tacites soient autorisées; & quoiqu'il y ait quelques Coutumes dans le Royaume qui font aussi mention des professions tacites, & principalement la Coutume de Blois art. 147. neanmoins ces professions ne sont point suffisantes pour produire une mort civile; & comme les Canonistes disent que celuy qui n'a pas fait une profession expresse, ne peut estre fait ni Abbé, ni Prieur, ni obtenir aucun Benefice de l'Ordre, suivant le chap. *Nullus de electione in 6.* nous estimons que sa succession n'est point ouverte, & qu'il peut succeder. Ce qui est rapporté dans une Note marginale sur le chap. 28. de la 1. Cent. de Monsieur le Prestre, avoir esté jugé à l'égard d'un Particulier qui avoit demeuré vingt ans dans l'Abbaye de saint Denys avec l'habit, & sans neanmoins avoir fait profession expresse, par Arrest du mois de Juin 1575. à quoy est conforme un autre du 16. Juillet 1657. rendu au profit de la Damoiselle de Haro, qui avoit resté durant trente années dans le Convent de la Saalle de l'Ordre de Cluny.

6. Qu'il doit estre dressé Acte & tenu Registre de la Profession.

Au reste, comme nous avons dit, il doit estre dressé Acte de la profession, & il en doit estre tenu Registre, suivant la Declaration du mois de Juillet 1566. renduë en execution de l'art. 55. de l'Ord. de Moulins, & suivant l'art. 15. du tit. 20. de l'Ord. de 1667.

7. Jurisprudence pour les Jesuites.

L'on ne peut pas dire que cette Regle souffre aucune exception à l'égard des Jesuites; car par un Arresté de la Cour qui fut fait lors de la verification de l'Edit de leur rétablissement, du mois de Septembre 1603. & par la derniere Jurisprudence, on les a égalez aux autres Religieux pour le droit actif de succeder, & l'on a jugé qu'aprés leurs premiers vœux, que l'on appelle *simples*, & qui contiennent au moins la chasteté, la pauvreté, & l'obeïssance, lesquels ils ont coutume de faire aprés les deux années de Noviciat, ils ne peuvent plus succeder; ce qui a esté jugé par un Arrest du 30. Janvier 1631. quoiqu'ils ayent toûjours prétendu que jusqu'à leur quatriéme vœu la Maison ne s'engage point à eux, & les peut renvoyer. Car comme M. l'Avocat General Servin le representa tres-bien dans les remontrances qu'il fit au Roy sur l'art. 5. de l'Edit du rétablissement de ces Religieux, la distinction du vœu simple & du vœu solemnel est d'une nouvelle invention, dont on n'a fait mention que depuis quelques siecles, & qui ne se trouve point chez les Peres de l'Eglise. Le vœu simple consomme le sacrifice, & est une profession expresse. Quoy qu'il en soit, aprés qu'on a eu observé pendant quelque temps de recevoir les Jesuites aux successions lorsqu'ils estoient renvoyez pendant les cinq années, l'on est enfin revenu de cet abus; & jugeant que les vœux qu'ils font aprés leurs deux années de Noviciat, sont une profession expresse pour leur famille, on les repute morts civilement pour ce qui concerne le droit actif de succeder, du jour de cette profession simple, s'ils le veulent pour le Convent; mais double & plus que suffisante à cet égard pour le public; ce que l'on a fait pour assurer le repos des familles, & ne les pas soumettre aux statuts de la police Monastique.

Le Parlement de Bordeaux a rendu un Arrest le 4. Juillet 1697. infirmatif d'une Sentence des Requestes du Palais du même Parlement, du 6. May 1695. donnée au profit de Messire Gabriel Maurice de la Vie, Conseiller en cette Cour, & consorts; contre Messire Bernard Fort de la Vie, aussi Conseiller en cette Cour, qui avoit declaré celui-cy incapable de succeder, & qu'en consequence il n'y avoit lieu de proceder à aucun partage & liquidation des droits sur la succession de feu Messire Thibaud de la Vie, & l'avoit reduit à une pension viagere, par lequel ils ont mis l'appellation interjettée par le sieur Bernard Fort de la Vie, & ce au neant, émendant, attendu qu'il estoit sorti de la Societé des Peres Jesuites, avec le congé des Superieurs de la Societé dans les cinq ans aprés l'émission des premiers vœux, il a esté declaré rétabli dans tous ses droits, & partie legitime à les rechercher, & il a esté ordonné qu'en consequence liquidation & partage seroit fait de la succession du sieur de la Vie son pere, pour luy en estre delaissé sa portion avec restitution de fruits; mais il n'est pas croyable que cet Arrest soit suivi dans les autres Parlemens, puisqu'il rappelle une ancienne Jurisprudence dont on ne s'est pas éloigné sans raison.

En effet, pourquoy differer la fixation de l'état des Jesuites, qui ont fait leurs trois vœux dans les regles, jusques à un terme, qui n'est donné par le droit commun, qu'en faveur de ceux qui n'ont pas fait ces trois vœux comme il faut, & qui ont protesté contre la violence de leurs parens? Pourquoy donner moins de force aux vœux des Jesuites, qu'à ceux des autres Religieux? Que s'ils font un dernier vœu, qui est d'une Police particuliere de leur Ordre, ce dernier vœu doit-il ôter l'autorité de leurs trois premiers vœux, qu'ils appellent simples, & qu'ils font comme tous les autres. D'ailleurs, quel rapport ce terme de cinq ans, suivi dans l'Arrest de Bordeaux, a-t-il à ce dernier vœu, qu'ils ne font souvent qu'aprés quarante ans de Profession? Il seroit injuste que les Jesuites n'eussent pas, comme les autres, la faculté de reclamer dans les cinq ans contre des vœux mal formez, & qui ont eu pour cause la violence de leurs parens; mais il est encore plus injuste qu'ils ayent le même terme pour reclamer contre des vœux qu'ils ont fait librement, & selon les regles.

L'on juge pourtant que la famille succede à un Jesuite congedié aprés ces trois vœux de chasteté, pauvreté, & obeïssance, & avant le quatriéme

me vœu, que les Jesuites font d'une soûmission particuliere aux Ordres & Missions du Pape. Car si ce Jesuite ainsi congedié fait des acquisitions, sa famille est preferée au Seigneur Haut-Justicier, parce qu'il est veritablement renvoyé au siecle, il se marie valablement, & obtient des Benefices seculiers sans dispense, on luy rend toute sa liberté, qu'il n'avoit engagée que sous condition, sous cette seule exception qui vient d'estre dite, qu'on ne luy permet pas de succeder, de crainte de troubler l'ordre des familles. Il y en a un Arrest dans le Journal du Palais du 24. Mars 1674. qui confirme la Sentence de Messieurs des Requêtes du Palais, laquelle avoit ajugé la succession de Bernard Luyte Jesuite, congedié aprés ses trois vœux, à ses neveux & heritiers presomptifs contre M. l'Evêque de Tonnerre, qui la demandoit comme Seigneur Haut-Justicier, & à titre de desherence. La raison de difference qui se peut apporter entre le Jesuite ainsi congedié & tout autre Moine qui est secularisé, c'est que le Jesuite est renvoyé au siecle par l'effet de la Regle sur laquelle il a fait ses premiers vœux, qui est confirmée en cela par diverses Bulles des Papes Paul III. Jules III. Gregoire XIII. Ainsi l'on peut dire qu'il est renvoyé au siecle *ex causa antiqua & inhærente contractui*; au lieu qu'un autre Religieux est rendu au siecle *ex causa nova & superveniente.*

Il faut remarquer le cas de la succession au Jesuite congedié, pour un de ceux où ce brocard, *Si vis mihi succedere, fac ut tibi succedere possim*, n'a point lieu. Mais nous en rapporterons beaucoup d'autres en ce même Livre, chap. 2. Sect. 2. nomb. 5.

Cette Jurisprudence qui exclut des successions le Jesuite congedié par son Ordre, & qui admet ses parens à sa succession; qui dans le premier cas considere la vertu des trois vœux, & dans le second, le défaut du quatriéme vœu des Jesuites, a dans ces cas opposez un seul & unique objet qui est l'interest des familles.

8. Des Hermites. Enfin l'on ne reçoit point non plus la profession tacite à l'égard des Hermites; car ils sont capables de posseder du bien en proprieté, & de succeder selon Chopin, *Lib. 2. Monast. tit. 2. n. 25.* Monsieur Boyer en son Traité *de statu & vita Eremit.* dit qu'ils sont tous sous la Regle de saint Augustin; mais qu'il y en a de trois sortes. Les Serabites qui ne s'arrestent pas en un certain lieu, & se vantent d'imiter en cela le Souverain Maistre qui alloit de Ville en Ville, *& circuibat civitates & castella*: mais ils vont ordinairement au nombre de deux ou trois, ce qui fait qu'on les appelle *Circumcelliones*, comme qui diroit des *Cellulaires*, qui est un mot, lequel n'est pas inconnu dans les Canons ni dans les Péres, qui donnent souvent de la touche à ces petits partis de Moines, qui s'assembloient deux ou trois pour vivre à leur mode.

La seconde sorte est des Anachoretes; ceux-cy vivent seuls à l'imitation de Nôtre Seigneur, selon S. Matthieu, ch. 4. & de saint Jean Baptiste, & ont pour devise le texte du Prophete Jeremie, *bonum est viro cùm portaverit jugum Domini ab adolescentia sua, sedebit solitarius & tacebit.*

La troisiéme est des Cœnobites, qui vivent en Congregation, à l'*instar* des Apostres, & c'est proprement nos Moines: mais en ce sens les Hermites ne sont pas soûmis à la seule Regle de S. Augustin, mais aux quatre Regles approuvées de l'Eglise, de saint Basile, de saint Augustin, de saint Benoist, & de saint François.

La seconde espece estant celle des veritables Hermites, ceux qui s'y attachent, n'ont leur obedience que de l'Evêque auquel ils sont soûmis, & des mains duquel ils prennent l'habit; ils succedent dans leur Hermitage, & on ne leur succede qu'aprés leur mort naturelle, quoiqu'il y ait quelques Arrests qui les ont privez des successions échûës pendant leur retraite, sur des considerations particulieres, & principalement à cause du long-temps pendant lequel ils sembloient avoir renoncé au monde, comme l'Arrest du 17. Fevrier 1633. rendu contre Frere Seraphin de la Noüe, qui avoit esté Hermite du Mont-Valerien pendant vingt-cinq ans, auquel au lieu des successions de ses pere & mere, on ajugea seulement une pension de 400 liv. & depuis Estienne de la Noüe son frere estant decedé, & ce Seraphin ayant quitté l'habit d'Hermite, & pris celuy de Prêtre seculier, ce qu'il n'avoit pas fait lors du premier Arrest, par un second Arrest du 30. Juillet 1637. il fut debouté de sa demande en partage de cette seconde succession; en sorte qu'il semble, que si la Cour en ces deux rencontres n'eut pas d'égard à la profession tacite de cet Hermite, au moins elle entra en consideration de la renonciation qu'il avoit faite tacitement aux biens de la famille pendant le long-temps qu'il avoit esté reclus au Mont-Valerien; encore a-t-on vû depuis ce Seraphin de la Noüe troubler sa famille par des Requestes civiles, & luy faire acheter bien cher les avantages qu'elle avoit remportez sur luy, funeste victoire, & malheur perpetuel à une famille, où il est juste d'appliquer cette Prophetie du Poëte. 9. Arrest de la Noüe.

Cùm viceris, lugebis.

SECTION IV.

De l'ouverture de Succession par la mort du bâtard, de l'étranger, & de celuy qui n'a point d'heritiers apparens.

SOMMAIRE.

1. *Si la femme & les enfans du bâtard luy peuvent succeder.*
2. *Si le fils du bâtard decede sans enfans, sa mere luy succede en pleine proprieté aux propres naissans.*
3. *Les parens, qui n'ont point consenti à la legitimation par Lettres du bâtard, luy succedent, quoiqu'il ne leur succede pas.*
4. *Si le pere naturel a besoin d'une dispense particuliere pour succeder au bâtard.*
5. *L'exemple des affiliations contraire à ce qui est dit au nombre 3.*
6. *Conditions sous lesquelles le Haut-Justicier succede au bâtard.*
7. *Si ces conditions sont requises à Paris pour donner lieu au Haut-Justicier de succeder au bâtard.*
8. *Gens de Main-morte.*

9. *Du droit d'Aubeine.*
10. *Du droit de desherence.*
11. *Que chaque Seigneur a ce droit, même pour les meubles, qui se trouvent sous son ressort.*
12. Secus *à l'égard des Offices & des rentes.*
13. Quid *à l'égard des Fiefs, si la desherence en appartient au Seigneur Feodal ou Justicier.*
14. *Formalitez pour s'emparer d'une desherence.*
15. *De la concurrence du droit de bâtardise & du droit de desherence.*

1. Si la femme & les enfans du bâtard luy peuvent succeder.

L'On ne succede point à un bâtard en ligne directe ascendante, ni en collatetale; mais ses enfans legitimes luy succedent, quoiqu'il n'ait pas esté legitimé. La raison est, que si la naissance du bâtard est odieuse, son mariage n'en est pas moins favorable, puisqu'il luy sert à faire oublier le scandale de sa naissance, & à donner au public un meilleur exemple. Nous avons même une Coutume qui en dispose ainsi, c'est celle d'Anjou, art. 344. mais elle ajoûte que les enfans legitimes du bâtard partagent sa succession roturierement. Comme aussi sa femme luy succede preferablement au fisc, selon l'Arrest du 23. Mars 1630. rapporté au premier Tome du Journal des Audiences, Liv. 2. ch. 63.

2. Si le fils du bâtard decede sans enfans, sa mere luy succede en pleine proprieté aux propres naissans.

Que si le bâtard laisse un fils legitime qui decede sans enfans & sans freres ni sœurs, sa femme succede en proprieté aux propres naissans de ce fils qui n'a point de parens du côté paternel, selon la disposition de la Loy *lex naturæ, ff. de statu hominum*, & selon l'Arrest du 28. May 1566. par lequel il a esté jugé, que l'heritage acquis par le nommé la Loupe, qui estoit bâtard, auquel son fils legitime avoit succedé, appartenoit aprés la mort de ce fils decedé sans enfans, & sans freres ni sœurs, à la mere veuve de la Loupe, Bacquet du Droit de desher. ch. 4. en sorte que ce que la veuve d'un legitime n'auroit qu'en usufruit, suivant l'article 314. de la Coutume de Paris, la veuve d'un bâtard l'obtient en pleine proprieté.

3. Les parens qui n'ont point consenti à la legitimation par Lettres du bâtard, luy succedent, quoiqu'il ne leur succede pas.

Toute une famille succede à un bâtard legitimé par Lettres à l'effet de succeder, même les parens qui n'ont point consenti à la legitimation, quoiqu'il ne leur succederoit pas; parce que dés lors qu'il s'est fait legitimer, il a fait tout ce qui estoit en sa disposition pour entrer dans la famille, & a souhaité que la famille luy succedât; d'ailleurs le Roy est exclus de la succession du bâtard par les Lettres de legitimation qu'il luy a accordées. Enfin le défaut estant du côté de la naissance du bâtard, c'est luy seul qui en doit souffrir. Monsieur le Bret, Liv. 2. de la Souver. ch. 12. Char. liv. 3. ch. 85. Bacq. 2. part. du droit de bâtardise, ch. 14. n. 20. & cecy est un des cas où l'on succede à celuy qui ne peut succeder, qui seront rapportez dans le Chapitre suivant.

4. Si le pere naturel a besoin d'une dispense particuliere pour succeder au bâtard.

Il y a aussi une pensée fort singuliere, qui est de Benedict. & est rapportée par le President Evrard, *in loco à correlat.* qu'il est necessaire d'une dispense particuliere pour rendre le pere & la mere capables de succeder au bâtard, dont la naissance est leur propre faute; ce que je ne vois point avoir esté relevé ni jugé par aucun Arrest, si ce n'est qu'il y a une espece où les Auteurs, d'un tel peché, sont traitez moins favorablement que les fruits du peché; c'est qu'on ne peut pas faire une donation universelle à une femme qu'on a tenuë autrefois pour Concubine, non pas même en l'épousant, & par son Contrat de Mariage, quoique ses enfans legitimez par ce Mariage soient capables de succeder: mais à l'égard de la mere le Mariage subsequent guerit la playe, mais laisse la cicatrice. Il y en a un Arrest donné au Rôlle de Paris le 16. Mars 1663. rapporté dans le Recueil des Arrests Notables depuis 1657. qui annulle une donation mutuelle en pareilles circonstances.

5. Exemple des affiliations, contraire à ce qui est dit au n. 3.

Il y a aussi quelque chose dans la matiere des affiliations, qui semble opposé à ce que nous avons dit, que les parens qui n'ont pas consenti à l'enterinement des Lettres de legitimation, ne laissent pas de succeder au legitimé, quoiqu'il ne leur succede pas, puisque dans les affiliations le droit de succeder n'a lieu qu'entre les contractans seulement, & cela est reciproque entr'eux.

6. Conditions sous lesquelles le Haut-Justicier succede au bâtard.

Que si le bâtard ne laisse ni femme ni enfans, & meurt sans avoir disposé de son bien, ce qui luy est permis puisqu'il est sujet du Roy, au contraire de l'Aubein, le Roy luy succede, si ce n'est, disent nos Docteurs, qu'il soit né, qu'il ait vécu, & qu'il soit decedé en la Justice d'un Seigneur Haut-Justicier, auquel ses biens appartiennent en ce cas particulier; il y a des Coutumes qui demandent ces trois conditions, comme celle de Bar, article 126.

7. Si ces conditions sont requises à Paris pour donner lieu au Haut-Justicier de succeder au bâtard.

Je n'estime pourtant pas que ces trois conditions, dont nous venons de parler, soient necessaires en la Coutume de Paris, à cause de l'art. 167. qui est indéfini, & qui appellant le Haut-Justicier à l'heritage, dont le proprietaire est mort sans hoirs apparens, ne comprend pas moins sous cette disposition le droit de bâtardise, que le droit de desherence. *Voyez* le surplus dans le Chapitre suivant, Sect. 1.

8. Gens de Main-morte.

Il y a encore en quelques endroits du Royaume des gens de Main-morte, ausquels les parens ne succedent pas, mais les Seigneurs, comme dans les Coutumes de Bourbonnois, art. 200. 207. de Nivernois, chap. 8. art. 7. 8. de Troyes, 94. de Vitry, art. 141. 142.

9. Du droit d'aubeine.

Quand l'Etranger meurt en France, c'est une ouverture de succession qui appartient au Roy par droit d'aubeine, à moins que l'Etranger ne laisse des enfans ou des petits enfans legitimes, qui soient nez en France, & d'un mariage aussi contracté dans le Royaume: Or ce droit est établi sur deux raisons. La premiere, que l'on a jugé à propos de distinguer dans leurs successions l'Etranger d'avec le Citoyen. La seconde, que l'on use de ce droit dans les Pays étrangers, où les biens que les François y ont acquis, sont sujets au droit d'aubeine, mais ce droit demande un Traité particulier.

10. Du droit de desherence.

Le droit de desherence est le droit de succeder à ceux qui estant Regnicoles meurent sans heritiers apparens; il a beaucoup de connexité avec le droit d'aubeine, dont il vient d'estre parlé, & est compris dans le même art. 167. de la Coutume de Paris: Or ce droit appartient incontestablement aux Seigneurs Haut-Justiciers, chacun à son égard, & pour ce qui est situé dans l'étenduë de son ressort. En quoy je comprens les meubles, lesquels au lieu qu'en toute autre matiere, ils n'ayent point de situation, & soient reputez suivre le domicile, ils en ont une icy; en sorte que chaque Seigneur Haut-Justicier a les meubles, même les cedules & obligations qui se trouvent dans son ressort; c'est la disposition de l'art. 86. de la Coutume de Vermandois.

11. Que chaque Seigneur a ce droit même pour les meubles, qui se trouvent sous son ressort.

La Coutume de Bretagne en l'art. 540. a une disposition fort singuliere sur ce sujet: car pour assurer le droit du Seigneur Haut-Justicier, même celuy des heritiers collateraux, qui sont les plus proches, & habiles à succeder, elle saisit le Seigneur Haut-Justicier des biens qui sont dans

sa Justice, & veut que les heritiers collateraux reçoivent de luy les biens de la succession, à l'effet de quoy ils luy demandent main-levée en donnant caution, & l'informent de leur parentelle; & quand il ne se presente point de parens, ou que ceux qui prétendent l'estre, ne peuvent point du tout justifier la possession ou la quasi possession, où ils alleguent estre, de se dire parens du defunt, le Seigneur demeure saisi pour son droit de desherence.

12. *Sçavoir* à l'égard des Offices & des rentes. Ce que nous venons de dire, que dans la desherence les meubles ont une espece de situation, a son exception en cas d'Offices & de rentes, qui suivent la personne.

13. *Quid* à l'égard des Fiefs, si la desherence en appartient au Seigneur Feodal, ou Justicier. A l'égard des Fiefs, il est indubitable que quand ils tombent en desherence, ils appartiennent au Seigneur Haut-Justicier, & non au Seigneur dominant, parce que la desherence est un droit de la Justice, & non pas du Fief. Il en est de même du cas de la confiscation, dans lequel le Seigneur Justicier qui a le ressort, profite du Fief confisqué à l'exclusion du Seigneur dominant.

14. Formalitez pour s'emparer d'une desherence. Le Seigneur Haut-Justicier ne doit pas s'emparer des biens qu'il prétend luy appartenir à titre de desherence, sans aucunes formalitez. Car il doit publier la desherence par trois proclamations consecutives, & se la faire ajuger ensuite par le Juge de sa Haute-Justice. 2. Il est obligé de faire inventaire; mais pour sçavoir si à faute de l'avoir fait, il n'est pas tenu des dettes indistinctement. *Voyez* le Ch. du benef. d[illegible]v. l. 3.

La Coutume d'Anjou, art. 442. demande outre ces formalitez, que le Seigneur fasse bail de la chose qu'il prétend tombée en desherence, pour en rendre les loyers, s'il se presente des heritiers qui la revendiquent dans les dix ans, aprés lesquels il n'est plus obligé à aucune restitution.

La Coutume de Vermandois art. 8. en dispose de même, sinon qu'elle proroge le temps de la demande des biens jusqu'à vingt ans.

Lorsque le droit de bâtardise & le droit de desherence sont en concurrence, l'un prétendu par un donataire du Roy; l'autre par des Seigneurs Hauts-Justiciers, celuy de bâtardise doit prévaloir; 1. Parce que ce droit prévient toûjours la desherence, estant acquis du moment de la naissance du bâtard, & ayant lieu, si ce n'est que le bâtard soit legitimé, ou qu'il ait des enfans d'un legitime mariage; au lieu que la desherence ne vient qu'à la mort de celui qui meurt sans heritiers. 2. Parce que la desherence, comme tous les droits de Haute-Justice, procede du Roy, qui n'est jamais censé accorder de privilege contre luy-même. C'est pour cela que quand le bâtard legitimé meurt sans heritiers, le droit de bâtardise commence à revivre, le Roy n'ayant pas legitimé en faveur des Seigneurs particuliers, mais de la famille. 15. De la concurrence du droit de bâtardise & du droit de desherence.

SECTION V.

De l'ouverture de Succession qui arrive par le moyen des démissions de biens.

SOMMAIRE.

1. *Que la démission de biens est un des cas qui produit ouverture de succession.*
2. *Description de la démission de biens.*
3. *Que la démission n'est pas telle, si elle n'est faite au profit de tous les heritiers.*
4. *La démission ne peut pas intervertir l'ordre de succeder.*
5. Quid *s'il naist un posthume aprés la démission.*
6. *Les démissions se peuvent faire en collaterale.*
7. *Raisons pour lesquelles on a jugé les démissions toûjours revocables.*
8. *Toute donation universelle, faite au profit de tous les heritiers présomptifs, est démission.*
9. *Arrest.*
10. *Quelque clause qu'on ait employée pour la rendre irrevocable.*
11. *La démission n'en est pas moins revocable, quoy que les biens ayent souché.*
12. *Coutumes qui établissent la revocabilité des démissions.*
13. *La Coutume de Bretagne est contraire.*
14. *Si le parti de la revocabilité est le plus juste.*
15. *Raisons pour la revocabilité.*
16. *Raisons pour l'irrevocabilité.*
17. *Avis de l'Auteur sur la Question.*
18. *Si une donation universelle à un fils unique, est démission.*
19. *Si on se peut démettre des biens à venir.*
20. *Une donation universelle à un de ses heritiers, n'est pas démission.*
21. *Si les démissions sont sujettes à l'insinuation.*
22. *Si les démissions prévalent aux alienations posterieures.*
23. *Resolution pour l'affirmative.*
24. *Arrest.*
25. *Si les heritiers démissionnaires ont droit d'aliener & hypotequer.*
26. *Si celuy qui s'est démis tombe en démence, le Curateur peut revoquer avec connoissance de cause.*
27. *Qu'il faut des Lettres pour revoquer les démissions.*

1. Que la demission de biens est un des cas qui produit ouverture de succession. Il y a une ouverture de succession dont on pouvoit douter qu'il fût à propos de parler ici: parce qu'elle tient beaucoup plus des donations entre-vifs, ou des testamentaires; que des successions *ab intestat*: c'est celle qui arrive par la démission de biens, qui se fait aux heritiers présomptifs; neanmoins comme ceux qui se démettent de leurs biens, ont dessein d'imiter la nature, en prévenant le cas de la mort, on peut bien faire quelque mention des démissions, ensuite des successions naturelles, quand ce ne seroit que pour marquer la difference qu'il y a entre l'ouverture qui arrive par la mort naturelle, & celle qui arrive par la démission: & reflechir un moment sur la nature & sur les effets des démissions. D'ailleurs on ne se repentira point d'examiner une des actions de la vie, dont on se repent presque toûjours: il est bon de connoître ce qu'on a souvent interêt d'éviter: & ceci peut contribuer à faire prendre de justes resolutions à ceux qui ont la pensée de se démettre de leurs biens; & à prêter ses offices, à ceux qui s'en sont déja démis, pour leur rendre, quand ils le desirent ainsi; cette espece de bonheur civil qui con-

siste à conserver ce qu'on a acquis legitimement, à estre ce qu'on a toûjours esté, à vivre à peu prés comme on a toûjours vêcu.

2. Description de la démission de biens.

La démission de biens est un acte par lequel par une anticipation de succession on abandonne à tous ses heritiers présomptifs la simple proprieté; ou le simple usufruit, ou la pleine proprieté du total, ou d'une partie de ses biens, sous telles conditions qu'on veut imposer : ce n'est pas une donation entre vifs : car dans la plusspart des Provinces qui la pratiquent, on la juge toûjours revocable : ce n'est pas une donation testamentaire : car elle a un effet present, quoique revocable ; d'ailleurs elle n'est point sujette aux formalitez des testamens ; mais c'est quelquefois un Contrat sans nom, *Do ut des ; do ut facias ;* quelquefois c'est un abandonnement pur & simple.

3. Que la démission n'est pas démission ; mais donation, si elle n'est faite au profit de tous les heritiers.

Elle ne peut être faite qu'au profit des heritiers présomptifs ; autrement c'est une donation, non une démission. Je n'estime pas même qu'elle puisse estre faite en faveur de quelques-uns des heritiers naturels, à l'exclusion des autres, si la Coutume n'en dispose autrement, comme celle de Bourbonnois art. 216. & de même que celuy qui voulant renoncer à une succession, affecte de diriger sa renonciation au profit de quelques-uns de ses heritiers, au mépris des autres, est réputé donner & par consequent faire acte d'heritier : parce qu'il ne peut donner qu'il n'accepte auparavant ; aussi celuy qui se démet de ses biens en faveur d'un ou de deux de ses heritiers naturels au préjudice des autres qui sont actuellement dans le même degré, ou qui sont censez y estre par l'effet de la representation, est reputé donner ; & comme sa liberalité n'imite pas assez l'ordre naturel ; qu'au contraire elle s'en éloigne par choix & par prédilection, elle n'est pas une veritable démission : & sera sujette à l'Insinuation ; de sçavoir à present si elle pourra être irrevocable, c'est une question qui sera agitée dans la suite.

4. Il faut que la démission soit faite au profit de ceux qui doivent succeder ; sans qu'elle puisse intervertir l'ordre naturel.

Par la même raison un pere ne peut pas au mépris de son fils, diriger la démission en faveur de ses petits-fils, si ce n'est qu'il exherede son fils pour de justes causes ; mais il peut se démettre au profit de ses heritiers présomptifs. & son fils renonçant purement & simplement, ses petits-fils peuvent se porter heritiers en consequence de la démission de leur ayeul, & de la renonciation de leur pere, pourvû que le fils n'ait point de creanciers qui ayent interest de le rendre heritier en exerçant ses droits sur la succession.

5. Quid s'il naist un posthume aprés la démission.

S'il naist un posthume aprés la démission, elle est revoquée en vertu de la Loy *Si unquam. C. de revoc.* si mieux n'aiment ceux au profit desquels la démission avoit esté faite, admettre le posthume en participation des biens compris en la démission : il faut l'admettre comme heritier pour conserver la disposition qui, selon le Droit Romain, est rompuë *agnatione posthumi, tot. tit. de lib. & posth. hered. instit. vel exher.* & qui, selon nôtre Droit, est sujette à la revocation de la Loy *si unquam.* Aussi je ne croirois pas que ce fût assez, d'offrir au posthume sa legitime, suivant un Arrest du Mardi 9. Aoust 1639. rapporté dans Bardet Tom. 2. Liv. 8. chap. 35. qui semble autoriser ces offres, en ce qu'il reduit à la legitime une fille legitimée depuis la démission par un mariage subsequent ; mais je trouve que cette fille fut encore traitée bien favorablement : puisque sa legitimation n'estant faite que par un mariage subsequent celebré *in extremis*, aux termes de l'art. 6. de l'Ordonnance de 1639. elle ne pouvoit avoir les effets civils, comme il sera dit Chap. 2. Sect. 1. Distinct. 1. nomb. 4. en sorte que regulierement il n'estoit deu à cette fille que des alimens.

6. Les démissions se peuvent faire en collaterale.

Celuy qui n'a que des heritiers collateraux peut aussi bien faire une démission de ses biens à leur profit, que celuy qui a des enfans, pourvû qu'il ne change rien à l'ordre naturel, & qu'il laisse ses biens à tous ceux que la Coutume y appelle : ainsi il ne peut pas se démettre de ses meubles & acquests au profit de ceux qui n'étant pas les plus proches heritiers, ne sont pas appellez par la Coutume à ce genre de biens ; ni de ses propres au profit de ses ascendans, & au préjudice de ses parens du côté & ligne de ces mêmes propres ; ni se démettre de ses propres paternels au profit de ses heritiers maternels ; *nec vice versa* des propres maternels, en faveur de ses heritiers paternels : car il ne peut rien faire de semblable, sans s'écarter des voyes de la nature, & des ordres de la Loy : & il ne feroit plus une démission ; mais une donation.

7. Raisons pour lesquelles on a jugé les démissions toûjours revocables.

La raison pour laquelle on n'a pas voulu recevoir les démissions comme des donations entre-vifs & irrevocables, est que comme il n'y a pas d'inclination plus naturelle, que celle de donner ses biens à ceux à qui on a déja donné la vie, on a estimé qu'il estoit juste que dans une démarche si naturelle, mais si dangereuse, il y eût quelque lieu au repentir : c'est dans le même esprit que les Romains avoient declaré les donations d'entre conjoints toujours revocables : en sorte qu'elles n'estoient confirmées que par la mort du donateur, la prudence de la Loy affectant de nous relever des chutes que nous cause le penchant de la nature.

8. Toute donation universelle faite au profit de tous les heritiers présomptifs est démission.

Aussi quoiqu'il y ait plusieurs Coutumes qui parlent des démissions, je ne sçache que la seule Coutume de Bretagne dans laquelle elles soient irrevocables : c'est même assez qu'une donation qualifiée entre-vifs soit generale & soit faite entre tous les enfans ou autres heritiers présomptifs, sans choix ni prédilection entr'eux, pour la faire juger une simple démission de biens, parce que la qualité des actes dépend de l'intention des parties, plûtost que de la dénomination qu'on affecte de leur donner : ce que les Docteurs observent sur la Loy *Si quis nec causam*, & la Loy *non omnis ff. de reb. cred.* & la Loy *Aristo. ff. de donation.* Il faut encore aller plus loin, en disant que quoique l'intention des parties ait esté de faire une donation irrevocable ; neanmoins dés qu'elle a les qualitez d'une démission, elle est revocable, la Loy prêtant ce secours à l'infirmité du donateur, qui l'a fait dépoüiller de ses biens, par une affection excessive pour ses heritiers : Il faut donc dire en ce cas avec la Loy *Si filia nupta §. si pater ff. fam. ercisc. non videri simplicem donationem ; sed potius supremi judicii divisionem.* C'est ce qui fut jugé par l'Arrest du 11. Février 1647. rapporté dans le Journal de du Frêne Liv. 5. Chap. 5. car une donation qualifiée entre-vifs & irrevocable, qui en revoquoit une precedente portée par des articles de mariages, fut jugée une simple démission sujette à revocation. 9. Arrest.

10. Quelque clause qu'on ait employé pour la rendre donation irrevocable.

Je n'estime pas même que la clause par laquelle un pere en se démettant de tous ses biens, dans une donation qualifiée entre-vifs & irrevocable, promettroit expressément de garentir telle sa donation, sans qu'elle pût passer pour une simple démission, pût la tirer des regles que nous venons d'établir ni la rendre irrevocable : car il

n'est pas permis d'éluder par une clause de cette nature une si sage précaution de la Loy, qui est fondée sur un interest public, & qui apporte un remede si necessaire aux excés de l'affection naturelle *l. contra 21. ff. de pactis.* Il y en a un Arrest du 20. Mars 1643. dans Soefve Tom. 1. Cent. 1. Chap. 59. pag. 57.

11. La demission n'en est pas moins revocable; quoique les biens ayent souché.

Enfin quoique les biens compris en la démission ayent souché en la personne des enfans ou autres heritiers de ceux au profit de qui la démission a d'abord esté faite, elle n'en est pas moins revocable: il y en a un Arrest du 14. May 1647. dans le premier Tome du Journal des Audiences Liv. 5. Ch. 16. J'estime qu'il faut dire la même chose, supposé que les démissionnaires ayent donné ces biens en mariage à leurs enfans; à moins que celuy qui a la faculté de revoquer n'ait autorisé ces donations par des clauses précises dans le Contrat de Mariage: car en ce cas il donne luy-même pour cause de Mariage: & la qualité du Contrat influë à sa donation un caractere de donation entre-vifs.

12. Coutumes qui établissent la revocabilité des demissions.

Quoy que c'en soit, c'est une Jurisprudence constante dans la plus grande partie du Païs Coutumier, que les démissions de biens sont toûjours revocables; la Coutume de Bourbonnois art. 216. celle de Bourg. art. 8. du Titre des Successions, celle de Nevers art. 17. & les Arrests sont uniformes sur ce sujet, comme il se voit dans le Journal des Audiences Tome 1. liv. 5. ch. 5. & 16. page 504. dans Soefve Cent. 1. chap. 59. pag. 57.

13. La Coutume de Bretagne est contraire.

La Coutume de Bretagne n'est pas si favorable à ceux qui se sont démis de leurs biens, que la plûpart des Coutumes du Royaume: elle prescrit une maniere de les publier, & les rendre solemnelles, aprés laquelle elle declare que celuy qui s'est démis de ses biens ne les peut plus aliener: elle ne dit pas pourtant precisément qu'il ne puisse plus revoquer par une revocation formelle; mais les Arrests du Parlement de Bretagne l'ont ainsi jugé, Frain Tom. 1. pag. 287. Il faut examiner laquelle des deux Jurisprudences doit passer pour la plus reguliere.

14. Si le parti de la revocabilité est le plus juste.

On a veu autrefois Diocletien & Maximien se démettre de l'Empire en même temps: & cette action heroïque dont le monde n'avoit gueres esté témoin jusques alors, arriva deux fois en un même jour, Maximien s'étant démis à Milan le même jour que Diocletien à Nicomedie. Anastase II. Theodose III. Isaac Comnene, & plusieurs autres ont suivi cet exemple; mais l'action du siecle dernier, où un grand Empereur se dépoüilla tout ensemble de plusieurs Royaumes, d'un grand Empire, & d'une extréme ambition, fut la démission la plus éclatante qui eût jamais esté faite. Que si l'homme en renonçant aux biens de la fortune, pouvoit aussi renoncer à son inconstance naturelle, & qu'il ne se repentist jamais d'avoir esté genereux, nôtre question seroit inutile: & comme l'experience d'un si frequent repentir n'auroit pas obligé la Loy de donner la main à ceux qui se sont dépoüillez inconsiderément, nous n'aurions point de sujet d'examiner la justice de ce regrés, qui est en usage parmi nous, & de le comparer à l'usage contraire du Parlement de Bretagne; mais rien n'estant si frequent que les plaintes de ceux qui ont franchi un pas si dangereux, & la Loy s'estant fait une compassion singuliere pour ceux qui ne deviennent malheureux que pour trop donner aux affections du sang, il est à propos de marquer ses sentimens sur l'un & sur l'autre usage.

RAISONS POUR LA JURISPRUDENCE
qui declare les démissions revocables.

Un pere pouvoit en droit, comme il le peut parmi nous, faire un partage anticipé entre ses enfans. Nov. 18. c. 7. & Nov. 107. mais comme un tel partage n'avoit pas un effet present, & qu'il ne concernoit que le temps de la mort du pere; aussi il estoit toûjours revocable: parce que dans le Droit on ne se pouvoit faire d'heritier irrevocable: *L. de hered. C. de pact. convent. l. ex eo C. de inutil. stipulat.* Non seulement nous avons suivi cette maxime pour les successions futures, comme l'observe Maistre Charles du Molin sur l'art. 8. de la Coutume de Paris gl. 1. n. 53. à l'exception que nous avons receu les institutions contractuelles que nous avons declarées irrevocables, par la faveur des Contrats de Mariage où elles se trouvent faites; mais nous avons jugé qu'il y avoit la même équité de reputer les démissions de biens toûjours revocables, quoiqu'elles different des partages anticipez, en ce qu'elles ont un effet present, lequel dure jusqu'à ce que celuy qui s'est démis de ses biens ait fait une revocation expresse de sa démission: ce que nous avons établi sur ces raisons particulieres. — 15. Raisons pour la revocabilité.

La 1. qu'il estoit d'autant plus à propos de permettre de revoquer les démissions, qu'elles operent un dépoüillement actuel & present des biens de celuy qui se démet, & que du moment de la démission les heritiers presomptifs se peuvent dire, & sont veritablement proprietaires de ces biens sous la faculté & sous la reserve qu'il a de revoquer sa démission toutes les fois que bon luy semblera: car si dans toutes les donations reputées testamentaires, la volonté de l'homme doit estre libre jusques à sa mort, combien plus le doit estre une action par laquelle il prétend faire une ouverture de sa succession pendant sa vie, & faire partager ses biens de son vivant à ses heritiers: cette sinistre resolution meritoit d'autant plus d'être sujette au changement de sa volonté, & la faculté de revoquer estoit le remede naturel aux suites fatales d'un si perilleux dessein.

La 2. qu'il n'y a dans nôtre Droit que la seule institution contractuelle par laquelle on se puisse faire un heritier irrevocable, ce qui a même esté accordé à la faveur des Contrats de Mariage, qui influent une prerogative d'irrevocabilité à toutes les clauses qui en font partie: en sorte même qu'une promesse d'égaler ses enfans faite dans le Contrat de Mariage de l'un d'eux, n'est irrevocable qu'à l'égard de celuy que l'on marie; & n'est qu'une disposition testamentaire à l'égard de ses freres & sœurs: tant il est vray que selon les plus purs principes de nôtre Droit l'institution n'est pas irrevocable: or la démission est une vraye institution qui a même un effet present, comme il vient d'être dit: Ainsi estant faite hors Contrat de Mariage, elle est toujours revocable; il en seroit autrement d'une démission faite dans le Contrat de Mariage d'un fils, qui ne seroit pas sujette à revocation.

La 3. & la plus importante, est la frequente ingratitude des heritiers présomptifs, & quoiqu'on ait dit autrefois que pour donner avec gloire, il faut que la reconnoissance soit en la liberté du donataire, & même que l'ingratitude donne du relief au bienfait; neanmoins la Loy a voulu punir l'ingratitude en ce rencontre, & elle favorise tellement ce regrés, que parce que la plus dure ingratitude est quelquefois la plus diffi-

cile à prouver, elle exempte celui qui s'est démis d'en faire la preuve, & le releve de sa démission, en consequence du seul changement de sa volonté. Le Grand sur l'art. 59. de la Coutume de Troyes, dit que telles causes se doivent juger sur le champ, suivant la Loy *Si quis à liberis ff. de agnosc. lib.* L'on permet donc au pere qui s'est démis, en se faisant relever de sa démission, de rentrer en possession de ses biens, & de reprendre la conduite de ses affaires : & comme Diogenes Laerce dit en la Vie d'Epicure, qu'il ne vouloit pas que ses disciples missent leur bien en commun, comme ceux de Pithagore, parce que c'estoit se défier de la generosité de leurs freres, & que cela ne marquoit pas assez cette union qui devoit regner entr'eux; aussi on permet au pere de demeurer maistre de ses biens, dans la confiance que l'on a sur ses affections, que rien ne doit alterer. C'est ainsi que la Loy se plaist à faire regner un pere jusques à l'extremité de sa vie, à luy rendre cet empire que la nature luy a donné, & dont il s'estoit démis trop legerement.

RAISONS POUR L'IRREVOCABILITE' des démissions.

16. Raisons pour l'irrevocabilité. Il semble au contraire que quand on stipule une fois la démission entre-vifs & irrevocable, elle doit estre executée comme telle : parce que c'est la convention qui a esté faite, & que celuy qui s'est démis de cette sorte, n'a pas entendu faire un Testament, mais un acte entre-vifs, qui le plus souvent est un de ces Contrats que le Droit comprend sous ces especes *Do ut des; do ut facias*, au moyen des charges & conditions qui sont imposées à la démission : aussi on donne ordinairement un effet present à la démission, & au moment qu'elle est faite les heritiers ont un droit acquis ou de nuë proprieté, ou de simple usufruit, ou de pleine proprieté; en quoy dans l'usage même des Provinces où elle est toûjours revocable, elle differe du partage entre enfans, dont il est parlé dans les Novelles 18. & 107. & qui n'a effet qu'aprés la mort. Ainsi il semble que dans ces Provinces-là même les heritiers sont saisis du jour de la démission : ce qui estant ainsi, pourquoy la rendre revocable si les parties ont stipulé le contraire, & si le donateur a entendu que les heritiers seroient saisis. Car de dire qu'ils sont saisis revocablement, c'est s'impliquer : puisque si l'acte est entre-vifs, ils doivent estre saisis irrevocablement; & s'il est pour cause de mort, ils ne le doivent estre que lors de la mort de celuy qui se démet : d'ailleurs c'est jetter les affaires d'une famille dans une incertitude perpetuelle, un pere saisissant aujourd'huy ses enfans de ses biens, & les en désaisissant demain, & revoquant même les alienations intermediaires. Il est donc plus juste de donner tout son effet à un acte que les parties ont stipulé entre-vifs, & irrevocable.

Les suites & les consequences ne sont pas plus grandes pour les démissions, que pour les donations universelles; or celles-ci sont tolerées sous la moindre reserve d'usufruit : elles ont pourtant tout l'effet qu'on apprehende des démissions en les declarant irrevocables : elles découvrent également la dureté & l'ingratitude des donataires : elles montrent des enfans dénaturez : elles mettent au jour des monstres d'ingratitude, qu'on n'étouffe pas dés leur naissance.

17. Avis sur la question. Mon avis sur la question est, que l'usage du Parlement de Bretagne fait plus d'honneur à l'homme : parce qu'il présuppose qu'il doit estre constant dans ses actions; mais que celuy du Parlement de Paris rend plus de justice à l'humanité, parce que dans la pente naturelle où l'on est de donner son bien à ses heritiers, & quelquefois d'achever son ouvrage en comblant de bienfaits ceux à qui on a donné la vie, il est bon qu'il y ait quelquefois du retour, & que les démissions ne soient pas irrevocables.

L'on peut demander si une donation de tous biens, presens & à venir, avec reserve d'usufruit faite hors Contrat de Mariage, à un unique heritier presomptif, comme un fils ou un neveu, peut passer pour une simple démission toûjours revocable : & il faut dire que c'est une simple démission, si elle est faite dans ces circonstances qu'elle soit generale : qu'elle soit faite à un unique heritier presomptif, & qu'elle ne soit point faite dans un Contrat de Mariage; car en ce cas, quoiqu'elle soit qualifiée donation entre-vifs; neanmoins elle dégenere en une simple démission de biens, que l'affection du sang a produite, & qui est sujette au regrés & à la revocation : 18. Si une donation universelle à un fils unique, est démission.

La difficulté consiste neanmoins dans la partie de la donation qui concerne les biens à venir : Car, dira-t-on, qu'on se démette des biens à venir. 19. Si on se peut demettre des biens à venir.

La réponse est, qu'il n'est pas plus difficile de concevoir qu'on se démette des biens à venir, que de concevoir qu'on en fasse une donation entre-vifs; au contraire la qualité de donation revocable convient mieux aux biens à venir, que celle de donation entre-vifs & irrevocable : & l'effet present, mais revocable que produisent les démissions, est plus supportable dans ces sortes d'actes, que la qualité de donations entre-vifs & irrevocables. Il faut donc dire qu'une donation de cette qualité devra estre considerée comme une vraye démission de biens, & qu'elle sera toûjours revocable.

Il n'en est pas de même d'une donation universelle faite à l'un de ses heritiers présomptifs dans les Coutumes qui n'obligent pas de garder une égalité précise entre ses heritiers : car celuy qui choisit ainsi entre ses heritiers présomptifs, a dessein de faire & fait actuellement une veritable donation : il ne laisse pas aller ses biens au cours naturel des successions; mais il les en détourne par une donation qu'il fait à l'un de ses heritiers en particulier : il ne considere pas celui-là comme son heritier au profit de qui il veüille anticiper le cas de sa mort & de sa succession; mais il le regarde comme l'objet de ses affections & de ses liberalitez : il donne à la personne, & non à l'heritier présomptif. Il imite celuy qui renonce, au profit d'un de ses coheritiers, à une succession qui luy est écheuë, lequel donne en renonçant ainsi avec choix : d'où l'on conclut même qu'il fait acte d'heritier. Il faut donc dire que la donation dont il s'agit peut estre entre-vifs & irrevocable. 20. Une donation universelle à l'un de ses heritiers, n'est pas démission.

L'on demande aprés s'il faut insinuer les démissions : & quoique l'article 58. de l'Ordonnance de Moulins comprenne toute sorte de donations onereuses, en faveur de Mariage & autres; neanmoins on n'a point encore jugé que les démissions fussent sujettes à cette formalité : soit parce qu'elles tiennent beaucoup des donations testamentaires, comme estant toûjours revocables; soit à cause qu'elles sont moins des donations, que des successions anticipées : puisqu'elles ne se peuvent faire qu'à tous les heritiers présomptifs; soit enfin qu'on n'ait point voulu embarasser de formalitez une action si 21. Si les démissions sont sujettes à l'insinuation.

naturelle & qui dérive le plus souvent de la pieté paternelle. L'Arrest du 9. Aoust 1683. qui est dans le Journal du Palais, part. 9. pag. 33. a ainsi jugé la question : Cependant il y a des cas où cette proposition a quelque air d'injustice : supposé, par exemple, qu'un pere ou un oncle se démette de ses biens au profit de ses enfans ou neveux, avec reserve d'usufruit, & qu'au moyen de cette reserve il reste en possession de ses biens, comme auparavant : car dira-t-on en ce cas qu'un pere contractant des dettes depuis cette démission, qui n'aura point esté insinuée, les creanciers doivent estre frustrez de leur deu ? & il semble que quand les heritiers présomptifs, au profit de qui se fait la démission, veulent luy donner cet effet, ils la doivent faire insinuer, principalement quand ils n'entrent point en possession des biens incontinent aprés la démission, & qu'elle contient une reserve d'usufruit ; autrement les démissions seroient des pieges pour tromper les creanciers.

Pour décider cette question, je n'estime pas qu'il soit à propos de faire une raison de décider d'une simple raison d'inconvenient ; mais il faut examiner si les démissions, selon leur nature, sont sujettes à l'insinuation : or il est difficile d'établir cette proposition ; parce qu'elles tiennent beaucoup plus des dispositions testamentaires, que des dispositions entre vifs : estant toûjours revocables, & d'ailleurs ce sont des successions anticipées avec cet avantage sur ce qu'on appelle ordinairement des donations en avancement d'hoirie, que celles-cy sont toûjours ou d'une somme certaine ou d'un corps particulier : en sorte que c'est improprement qu'on les appelle des successions anticipées ; mais elles ne sont à proprement parler, que des donations sujettes à rapport, en cas même que le donataire se veuille porter heritier ; au lieu que les démissions sont des successions universelles déferées par la volonté de celuy qui se démet avant le temps de leur échéance naturelle, & qui ne se font jamais qu'à ceux qui sont heritiers ; dans lesquelles même il faut suivre de point en point la disposition de la Loy, sans y pouvoir rien changer ; autrement elles ne seroient pas des démissions, mais des donations. Il est donc vray de dire que de leur nature elles ne sont point sujettes à insinuation.

La raison d'inconvenient n'est pas plus grande dans les démissions, que dans les hypoteques : qui se constituent pour l'ordinaire aussi sourdement & aussi clandestinement que les démissions, & qui frustrent bien souvent les creanciers posterieurs. C'est à ceux qui prêtent à connoistre l'état des affaires de leurs debiteurs : dés que les démissions sont autentiques, ce sont des actes publics qui avertissent suffisamment les creanciers : C'est pourtant sagement fait aux heritiers de faire insinuer la démission entant que besoin seroit, cela luy ôte cet air de clandestinité qui est un prétexte de crierie pour de nouveaux creanciers.

Si Elles sont sujettes à l'acceptation. On accepte neanmoins des démissions, comme les donations pour cause de mort : ce qui fait dire au Jurisconsulte en la Loy 38. *ff. de mort. causa donation.* que la donation pour cause de mort faite à un absent n'est pas valable ; & cela verifie que quoique toutes les donations entre vifs soient sujettes à acceptation, il ne s'ensuit pas que toutes les donations sujettes à acceptation soient entre vifs : Et ce qui me persuade que la démission demande une acceptation, c'est qu'elle a un effet present, & saisit, sauf la revocation : ce qui fait qu'elle tient un peu des donations entre vifs, ce qui n'empêche pas qu'elle ne soit revocable, comme la donation pour cause de mort, qui quoique sujette à quelque acceptation, se pouvoit non seulement revoquer : mais se revoquoit de plein droit, lorsqu'il paroissoit qu'elle avoit esté faite dans la vuë d'un peril imminent, auquel le donateur estoit depuis échapé.

Quelqu'un demandera sur ce sujet si les démissions prévalent aux alienations posterieures : & si celuy qui s'est une fois démis est hors d'état d'aliener & d'hypotequer : car, dira-t-on, s'il peut revoquer expressément, il peut revoquer tacitement en alienant & hypotequant, à l'exemple du testateur, qui est censé avoir revoqué le legs, quand il aliene, ou qu'il hypoteque la chose leguée : & cette espece même est en plus forts termes : car souvent un testateur en vendant la chose leguée, n'en a pas voulu priver tout-à-fait le legataire ; mais a entendu que le prix & l'estimation luy en seroit payée par son heritier, *L. si fideicommissa 11. §. si rem de legat. 3. & §. si rem suam Instit. de legat.* au lieu que quand un pere aliene ou hypoteque aprés la démission qu'il a faite, c'est toûjours dans le dessein de revoquer à proportion sa démission, puisqu'il n'y a personne qui puisse recompenser les heritiers de cette alienation & de cette hypoteque : ainsi il semble qu'il n'y a pas de revocation plus expresse. On peut ajoûter que les démissions estant peu favorables, comme estant des effets d'une affection outrée, il en faut dire de même que des donations entre conjoints, qu'on estoit censé avoir revoquées par la moindre volonté & la moindre constitution d'hypoteque sur les choses données, *L. cum hic status 32. §. si maritus, ff. de donat. inter.* 22. Si les démissions prévalent aux alienations posterieures.

Il faut dire nonobstant cela, que celuy qui s'est une fois démis de ses biens ne les peut plus aliener & hypotequer, s'il n'a fait auparavant une revocation formelle de sa démission : parce que tant qu'il ne la revoque pas, c'est un acte entre vifs qui doit subsister, & auquel on ne peut donner atteinte indirectement. J'estime même que regulierement il faut des Lettres de rescision pour la revoquer, & qu'il faut que celuy qui s'est démis soit remis en l'état qu'il estoit auparavant sa démission : jusque-là c'est un acte qui subsiste, comme tout autre acte passé entre vifs. Que si aprés avoir déja assujetti les démissions à la revocation, on jugeoit encore que celuy qui s'est démis peut aliener & hypotequer les biens dont il a fait sa démission, elles n'auroient plus aucun effet ni aucune force ni vertu : ainsi il vaudroit beaucoup mieux les défendre absolument. En les autorisant, comme on a fait jusques à present, on leur doit laisser un effet present, qui subsiste jusqu'à ce qu'elles soient revoquées expressément ; autrement c'est un jeu qu'une démission de biens. 23. Resolution pour l'affirmative.

Nous rapporterons au Liv. 3. ch. 1. n. 30. un Arrest du 9. Aoust 1683. qui a préjugé la question, puisqu'il a decidé qu'une mere qui avoit fait une démission au profit de son fils, n'avoit pas pû posterieurement, en acceptant une succession qui luy estoit écheuë avant sa démission, engager son fils au payement des dettes de cette succession. 24. Arrest.

Il y en a encore un autre du 9 Aoust 1639. dans Bardet tom. 2. liv. 8. chap. 33. qui juge qu'une démission n'avoit pas esté revoquée par un mariage subsequent fait *in extremis*, & qu'on prétendoit avoir legitimé une fille, que l'Arrest declare reduite à sa legitime.

On ne manquera pas d'insister, en disant que la faculté de revoquer, qu'on donne à celuy qui

s'est démis, produit toûjours le même effet: parce que dés qu'elle luy est accordée, ses creanciers ont droit de l'exercer en sa place : & il ne peut pas les en empescher, en declarant qu'il veut executer sa démission : car les creanciers peuvent exercer malgré leur debiteur ses droits rescindans & rescisoires.

Il faut répondre que les creanciers ne peuvent pas exercer malgré leur debiteur un privilege personnel, & une faculté qui n'est attachée qu'à sa personne, lorsque ce privilege & cette faculté demandent une action de sa part : ainsi nous dirons ailleurs que des creanciers d'un mâle peuvent bien exclure les femmes dans les fiefs de la succession ; mais qu'ils ne peuvent pas exclure en collaterale un heritier beneficiaire en declarant leur debiteur, dont ils exercent les droits, heritier pur & simple: parceque la premiere exclusion est comprise dans la seule addition d'heredité ; au lieu que la seconde demande un choix & une action determinée de la part de leur debiteur. Or la revocation d'une donation ou d'une démission, soit pour cause d'ingratitude, soit par simple changement de volonté, est un privilege personnel du donateur, & une faculté attachée à sa personne, & qui demande de sa part une action determinée & une declaration du dessein qu'il a de revoquer sa donation ou sa démission. C'est d'ailleurs un Contrat qui a prévenu leurs hypoteques, & qui ne produit que le même effet que tout autre Contrat qui se trouveroit anterieur à leurs creances.

25. Si les heritiers démissionnaires ont droit d'aliener & hypotequer.

D'autre part on peut demander si les heritiers au profit desquels la démission a esté faite, ont la faculté d'aliener & hypotequer, & si ces mêmes heritiers venant à mourir avant celuy qui s'est démis, ils transmettent à leurs heritiers la proprieté des biens compris dans la démission ; sur quoy il faut dire que tout cela se peut sous la faculté perpetuelle qu'a celuy qui s'est démis, de revoquer sa démission : ce qui revoque en même temps les contr'actes & hypoteques, & la transmission ; parce que ces étrangers qui ont acquis, ni ces seconds heritiers, n'ont pas plus de droit que les premiers heritiers, au profit desquels la démission a esté faite.

La revocation de la démission n'est pas plus sujette à l'insinuation, que la démission même : n'estant pas juste de desirer plus de formalitez pour dissoudre, que pour former les démissions. Que si dans l'entre-temps le pere qui s'est démis est tombé en démence : ce qui n'est pas impossible, la démission n'estant pas une action d'une sagesse trop consommée, on doit donner en ce cas la faculté de revoquer au Curateur créé à la démence : ce ne sera pas une faculté tout-à-fait libre, telle qu'elle auroit residé en la personne de celuy qui s'est démis ; mais elle sera sujette à examen, & se devra faire avec connoissance de cause : parce que la volonté du Curateur represente seulement celle du donateur, dont on doit presumer qu'il ne se feroit jamais démis sans sujet. C'est ainsi qu'il est dit dans l'une des Constitutions de Justinien, qui est la Loy 25. *C. de nupt.* que le Curateur créé à la démence du pere, consent pour luy au mariage du fils ; mais que les clauses en doivent estre reglées par le Juge ordinaire. Il y a neanmoins un Arrest du 17. Mars 1671. qui se trouve dans la seconde Partie du Journal du Palais, lequel autorise la revocation d'une démission, quoique cette revocation eût esté faite par une femme Curatrice de son mari, sans aucunes formalitez ; mais c'estoit pour un mariage inégal contracté sans l'avis de la famille. Ainsi l'Ordonnance même, qui donne l'autorité au Magistrat, reprouvant ce mariage, autorisoit assez cette Curatrice pour sa revocation.

26. Si celuy qui s'est démis tombe en démence, le Curateur peut revoquer avec connoissance de cause.

Nous avons dit que regulierement il faut obtenir des Lettres de rescision pour revoquer valablement une démission : & la raison que nous en avons, est que la démission est un acte entre vifs qui subsiste de plein droit, jusques à ce que celuy qui s'est démis en ait esté relevé : jusque-là que dans l'Arrest du Jeudi 14. Mars 1647. la Cour autorisant une revocation de démission, prononça par, faisant droit sur les Lettres; parce que, dit du Frêne, elle présupposa qu'elles avoient deu estre obtenuës par la mere : ce qui marque toûjours que celuy qui revoque doit agir par rescision. Cependant la Cour peut suppléer, comme il paroist dans cet Arrest : & même quand il y a des causes d'ingratitude, la revocation est de plein droit, & ne demande point de Lettres ; ce qui se voit dans le Journal du Palais, du 17. Mars 1671. dont il vient d'estre parlé.

27. Qu'il faut des Lettres pour revoquer les démissions.

CHAPITRE II.

De ceux qui sont capables ou incapables de succeder.

SECTION I.

Des Bâtards & de leur legitimation.

SOMMAIRE.

1. *Comment les bâtards succedent dans le Droit à leur mere naturelle.*
2. *Comment ils succedent à leur pere naturel.*
3. *Quel est l'ancien & le nouveau Droit de la France sur ce sujet.*
4. *Des enfans nez* ex nefario coïtu.
5. *Coutumes qui singularisent sur le fait de la succession des bâtards.*
6. *Ce que l'on peut laisser à ses bâtards.*
7. *La condition apposée dans l'institution de restituer à qui l'on voudra, ne peut s'accomplir, ni au profit du bâtard du Testateur, ni au profit du bâtard de l'institué.*
8. *Qu'un bâtard peut estre institué heritier, quand il ne s'agit que de l'interest du fisc.*
9. *Si les bâtards succedent à leurs enfans legitimes.*
10. *Que les bâtards des Nobles ne sont pas Nobles.*
11. *Disposition singuliere de l'ancienne Coutume d'Arthois.*
12. *Quand des bâtards sont qualifiez Nobles dans des Lettres de legitimation, ils sont reputez*

putez legitimez & annoblis.
13. *S'ils peuvent porter le Nom & les Armes de la Maison.*
14. *Si les enfans des bâtards succedent à leur ayeul.*
15. *Si au moins l'ayeul les peut instituer heritiers.*
16. *Dispute de Bartole & de Balde sur ce sujet.*
17. *Que l'affirmative est suivie communément.*
18. *Que cette décision n'a pas lieu quand l'ayeul a des enfans legitimes.*
19. *Arrest du Parlement de Thoulouse.*
20. *Que cette décision n'a pas lieu non plus à l'égard des enfans d'un bâtard né* ex damnato coïtu.
21. *Que l'on ne suivroit pas aujourd'hui l'Arrest de le Coeq.*
22. *Que nous établissons aussi-bien que le Droit Romain, des differences entre les bâtards, quand il s'agit des effets plûtôt que des noms.*

1\. Comment les bâtards succedent dans le droit à leur mere naturelle.

APRES avoir examiné la premiere condition requise pour succeder, qu'il y ait une succession ouverte par une mort naturelle ou civile, il faut passer à la seconde, qui consiste en ce qu'il y ait des heritiers d'un deffunt qui soient capables de luy succeder. Et generalement tous les parens d'un deffunt qui ont conservé leur état, & n'ont point souffert de mort civile, luy peuvent succeder, suivant le degré & l'ordre de parentelle. C'est pourquoy la premiere condition estant de toucher de parentelle au deffunt, l'on exclut d'abord les bâtards. Et en cela nôtre Droit differe du Droit Romain; car dans celuy-cy les bâtards, c'est-à-dire, les enfans nez de personnes libres, succedoient à leur mere naturelle, conjointement avec les enfans legitimes, *L. hac parte & l. Modestinus ff. unde cognati. & §. fin. Inst. ad Orphitianum, & L. si qua illustris C. eod.* & au défaut d'enfans legitimes, ils luy succedoient seuls. De plus, ils avoient droit de legitime sur ses biens; enfin, il n'y avoit que ceux qui estoient nez d'un pere incertain & d'une femme de condition illustre, laquelle avoit d'autres enfans qui estoient legitimes, lesquels fussent exceptez de cette regle, suivant la Loy *Si qua illustris 5. C. ad Senatusconf. Orphitianum*; cette exception n'ayant point esté ôtée par aucune autre Constitution. Ainsi, afin que les enfans naturels d'une femme qui estoit de condition illustre, fussent en état de luy succeder avec des enfans legitimes, il ne suffisoit pas qu'elle les eût eu d'une conjonction qui ne fût pas illicite, & comme une femme publique; mais il estoit requis qu'ils fussent nez d'un simple concubinage, selon la même Loy *Si qua illustris. C. ad Senat. Orphit.* Il s'ensuivoit que regulierement les enfans naturels succedoient aux parens du côté de leur mere; parce qu'ils n'avoient pas seulement une portion de grace qui fût reglée à une certaine quotité, comme dans la succession du pere naturel, mais ils étoient indéfiniment heritiers de leur mere naturelle, & par consequent aggregez dans sa famille.

2\. Comment ils succedent à leur pere naturel.

La succession du pere naturel avoit aussi ses regles : car comme le pere est toûjours incertain, selon la nature, l'on ne consideroit autrefois que le pere legitime, *§. vulgo Instit. de success. cognat.* mais dans la suite l'on fit grace aux enfans nez dans le concubinage, que l'on considera comme une image du mariage legitime, parce que l'on crut y trouver une affection certaine; & par la Novelle 18. *de triente & semisse*, au *§. consideremus autem.* la Nov. 92. chap. 12. §. 4. & l'Aut. *Licet C. de natur. lib.* l'Empereur leur accorda un sixiéme dans la succession du pere naturel, qui n'avoit laissé ni femme ni enfans legitimes, & ce sixiéme devoit estre partagé par testes entre leur mere & eux.

Il n'en estoit pas de même de ceux qui estoient nez d'une femme publique; car quoique quelqu'un fût assez insensé pour les avoüer, neanmoins la Loy ne l'en croyoit pas, & ils n'avoient aucune part en sa succession *ab intestat, Instit. de success. cognat. §. vulgo.*

Aussi c'estoit même flatter le vice du concubinage, que de croire y trouver une affection constante & un pere certain, sous prétexte d'une garde domestique, sans laquelle il n'y avoit pas de veritable concubinage, un commerce en Ville n'estant pas censé un concubinage, comme il resulte de l'Auth. *Quib. mod. natur. effic. cap. 12. §. si quis autem*, en ces mots, *ubi omnino indubitatus est in domo affectus.* Car avec cette precaution, & toutes celles dont la plume d'un Poëte Comique s'est voulu joüer dans son Asinaire, Act. 4. Sc. 1.

Philenium ut secum sit noctes & dies
In foribus occupatam scribat se esse,
Ne illi cera sit ubi facere possit litteras,
Si quem alium aspexit, cæca continuo fiet.

lesquelles servent à marquer un Amant dans la défiance, & par consequent un pere assez incertain; il sera toûjours vray de dire, qu'où il n'y a point de commerce legitime, il n'y a point d'enfans, à qui la Loy puisse donner un pere assez certain, pour leur faire part de sa succession *ab intestat.*

Il y a eu même parmi nous des abus approchans de ceux du Droit Romain dans les successions les plus importantes; mais Hugues Capet en arrêta le cours, & depuis ç'a esté un Droit constant en France, si ce n'est en quelques Coutumes qui singularisent sur ce sujet, que les bâtards n'ont rien à titre d'heritiers, mais seulement comme enfans & à titre d'alimens; ce qui s'est même établi insensiblement dans les Provinces de Droit écrit, où l'on a donné à l'honnêteté publique & à l'interest de la Religion, que les bâtards, quoique nez d'une simple concubine, ne succedent ni à leur pere naturel, ni à leur mere, le concubinage n'estant point permis aujourd'hui, comme il l'estoit dans le Droit Romain, selon la Loy 5. *C. de natur. liber.* Ce qui a esté jugé pour le païs de Forest, en la Cause de la nommée Catherine, fille naturelle d'Antoinette Jourdan, par Arrest du Parlement de Paris du Mardi 14. May 1624. rapporté par Henrys Tom. 1. Liv. 6. ch. 5. qu. 9. C'est par une raison à peu prés semblable, que l'on se porte aujourd'hui à ne pas admettre la legitimation par Lettres à l'effet de succeder, dont il sera parlé dans la suite. — 3. Quel est l'ancien & le nouveau Droit de la France sur ce sujet.

Les enfans incestueux & tous ceux qui estoient nez *ex nefario coïtu*, ne succedoient point, & n'obtenoient pas même des alimens dans le Droit Civil. — 4. Des enfans nez *ex nefario coïtu.*

Les Coutumes que nous avons dit singulariser sur la succession des bâtards, sont celles de saint Omer, article dernier des Coutumes contraires à celle du Bailliage d'Artois, celle de Valenciennes art. 121. lesquelles admettent les bâtards à la succession de leur mere naturelle. Ce qui s'est aussi jugé autrefois dans le Parlement de Grenoble, selon l'Arrest rapporté par Monsieur d'Expilly du 11. May 1606. Mais il semble que ces dispositions blessent en quelque façon l'honnêteté publique; — 5. Coutumes qui singularisent sur le fait de la succession des bâtards.

& qu'il n'y a pas moins sujet de s'élever contre de pareilles Coûtumes, que fit autrefois le Pape Honoré III. dans le Chap. *ex parte 10. extra de consuet.* contre une Coutume qui vouloit, que la femme estant separée pour son propre adultere, remportât la moitié des conquests de son mari, laquelle ce Pape dit que l'on n'est point obligé d'observer. L'on ne peut pas aller aussi loin que le zele de ce Pape: car toutes les Coutumes doivent estre observées, & puisqu'elles peuvent diminuer la legitime & les droits des enfans nez d'un juste mariage, pourquoy ne peuvent-elles pas admettre les enfans naturels à la succession de leurs meres, à l'exemple du Droit Romain? La Loy Civile du Royaume les a exclus, il semble que la même Loy les peut appeller.

Nous avons aussi une Coutume, qui a permis l'institution contractuelle au profit d'un bâtard, c'est la Coutume de Bourbonnois art. 219. Mais quoique la même Coutume decide en l'art. 225. que l'institution contractuelle n'est point sujette à la Loy *Si unquam C. de revoc. donat.* j'estime que celle-cy y sera sujette par ce principe, que non seulement le bâtard, mais même le legitimé par Lettres, ne peut jamais estre preferé à des legitimes.

6. Ce que l'on peut laisser aux bâtards.

Que si par le droit commun de ce Royaume l'on exclut les bâtards des successions, au moins on ne les abandonne pas; & si l'on ne permet pas aux parens naturels de faire des dispositions universelles à leur profit, ni d'épuiser leurs biens par des legs particuliers en faveur de leurs bâtards, comme il a esté jugé par Arrest du 26. Juillet 1656. contre une fille naturelle de la nommée Magdelaine Fouré, à qui elle avoit legué une somme de 18000. liv. qui fut reduite au profit d'un frere de la testatrice à la somme de 8000. livres, l'on permet au moins de leur faire des legs particuliers à titre d'alimens, & même l'on reduit ainsi les dispositions universelles, comme il se voit dans le même Arrest, & dans celuy rapporté par du Fresne liv. 8. chap. 25. Il y a même une de nos Coutumes qui permet au pere naturel de donner à son bâtard un sixiéme en pleine proprieté dans ses meubles & conquests, à la charge de la reversion, en cas qu'il meure sans enfans legitimes; & au défaut de meubles & conquests, de luy donner l'usufruit d'un sixiéme dans les propres. C'est la Coutume de Sedan, art. 116.

7. La condition de l'institution, à la charge de restituer à qui on voudra, ne peut estre au profit ni du bâtard du Testateur, ni de celuy de l'institué.

Le Cardinal Paleotte *de noth. & spur. cap. 43.* dit, que si quelqu'un est institué à la charge de restituer à qui bon luy semblera, il ne peut restituer ni au fils naturel du testateur; parce que celuy-cy tiendroit cette liberalité des mains du testateur: ni à son propre bâtard, parce qu'il s'acquitteroit par là d'un devoir naturel, qui est de luy fournir des alimens, & par consequent s'attribueroit la succession contre la Loy du Fideicommis. C'est aussi le sentiment de Bened. sur le Chap. *Rayn. verb. & ux. nom. Adel. dec. 5. n. 127.*

8. Qu'un bâtard peut estre institué heritier quand il ne s'agit que de l'interest du fisc.

Voilà quelle est la bonne Jurisprudence. Les bâtards ne sont jamais capables que de legs particuliers; cela est établi au profit des heritiers présomptifs, & non pas du fisc: en sorte qu'un pere naturel qui n'auroit point d'heritiers, pourroit faire son bâtard son heritier universel, suivant la Note de M. Charles du Molin, sur l'art. 184. de la Coutume de Bourbonnois, où il dit, *sed institutus excluderet fiscum.* ☞ Quoiqu'on se soit éloigné de cette décision par l'Arrest de Vannelli du 26 Mars 1683. rapporté dans le Journal du Palais part. 9. pag. 65. On contraint même quelquefois le pere naturel de fournir des alimens à son bâtard, quand il l'a eu d'une concubine, dont on peut présumer un unique attachement. Mais on ne le doit pas obliger de faire un fonds, ni de mettre aucun argent à interest pour ces alimens: ce seroit plus donner à un enfant naturel, qu'on n'accorde à un legitime. Il y en a même un Arrest de Bourdeaux du 21 Juin 1672. dans le Journal du Palais, part. 2. pag. 140.]

De même, l'incapacité ne s'entend que de la succession des pere & mere, & non des enfans des bâtards; car les bâtards succedent à leurs enfans nez en legitime mariage, quant aux meubles & acquests, & même suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 172. de la Coutume de Senlis, ils leur succedent aux choses qui leur ont esté données pour leur demeurer propres. 9. Les bâtards succedent à leurs enfans legitimes.

D'autre part l'Ordonnance ne leur a pas voulu laisser les prerogatives de la naissance, quand ils sont nez de personnes Nobles; c'est la disposition de l'article 26. de l'Ordonnance du mois de Mars 1600. qui porte, que les bâtards des Nobles ne pourront s'attribuer la Qualité de Gentilshommes, s'ils n'obtiennent des Lettres d'annoblissement: à quoy je ne vois rien de contraire dans tout nôtre Droit, si ce n'est la disposition de l'art. 144. de l'ancienne Coutume d'Artois, qui porte, que les bâtards des Nobles sont reputez Nobles, laquelle Maistre Charles du Molin en sa Note sur cet article dit estre extrêmement irreguliere, *stulta & barbara consuetudo.* 10. Que les bâtards des Nobles ne sont pas Nobles. 11. Disposition singuliere de l'ancienne Coutume d'Artois.

L'on prétend que quand les bâtards obtiennent du Roy des Lettres de legitimation où ils sont qualifiez Nobles, ils sont reputez legitimez & annoblis tout ensemble. Tiraqueau *Tract. de Nobilit. cap. 15.* Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. ch. 1. tit. 2. n. 11. autrement ils restent roturiers, & ne doivent porter regulierement ni le Nom, ni les Armes de la Maison, selon Dynus sur la Loy *Cum pater, §. mater de legat. 2.* Neanmoins on leur permet quelquefois l'un & l'autre, à la charge qu'ils se distinguent dans leurs Armes, aussi bien que leurs descendans, par une barre de gauche à droite qu'ils doivent mettre tant qu'ils ne sont point legitimez, quoiqu'ils soient annoblis, *Boërius decis. 127.* & à la charge de se dire les bâtards d'une telle Maison; ce qui ne s'observe même qu'à l'égard des grandes Maisons; car pour l'ordinaire ils ne doivent point du tout porter ni le Nom ni les Armes de la Maison; ce qui a esté jugé par l'Arrest du 11. Aoust 1657. donné à la Grand'Chambre au rapport de Monsieur Doujat, qui fait deffenses aux nommez Robert & Pierre des Marests, enfans naturels de feu Messire Robert de Lezay, sieur des Marests, de porter & prendre à l'avenir le Nom & les Armes de Lezay, à peine de 1000. livres d'amende: ainsi on leur permet seulement de porter le nom de quelque Seigneurie. 12. Quand des bâtards sont qualifiez Nobles dans des Lettres de legitimation, ils sont reputez legitimez & annoblis. 13. S'ils peuvent porter le Nom & les Armes de la Maison.

Que si les bâtards ne succedent point ordinairement, cela n'empêche pas que leurs enfans nez d'un legitime mariage ne leur succedent. Mais on a demandé si ces enfans estoient capables de succeder à leur ayeul, ou par representation, ou de leur chef, en venant en pareil degré? Et il faut dire qu'encore que celuy qui represente, ne tenant point la succession de la personne laquelle il represente, ne doive pas souffrir de son défaut, & que par exemple, on ne laisse pas de venir à une succession par la representation de la personne d'un banni, qui est reputé mort, & dont la personne ne sert ni ne nuit, Charondas liv. 2. de ses Rép. ch. 58. Neanmoins l'on tient au moins la consanguinité & le degré de parentelle de cette personne representée, & qu'ainsi le bâtard ne 14. Si les enfans des bâtards succedent à leur ayeul.

pouvant donner ce degré & cette consanguinité, & estant vray de dire qu'il commence sa famille en se mariant, il faut conclure que ses enfans ne peuvent succeder à l'ayeul, ni aux autres parens, suivant la Loy derniere *C. de natur. lib.* qui dit, *sed interventu sobolis naturalis, nullum jus legitimum subesse potest.*

15. Si au moins l'ayeul les peut instituer heritiers.

J'estime neanmoins conformément à cette même Loy, que si les enfans legitimes d'un bâtard ne succedent point *ab intestat* à l'ayeul, ou pour mieux dire, au pere naturel de leur pere, cela n'empêche pas qu'ils ne puissent estre ses heritiers testamentaires, parce que le vice semble estre purgé par un mariage legitime. C'est le parti que Bartole a suivi sur le *§. quid si is*, de la Loy *Gallus ff. de lib. & post.* & contre lequel Balde s'est fort élevé. Le fondement de Bartole a esté, que le petit-fils ne devoit point souffrir de l'incapacité de son pere, qu'il ne represente point dans une institution; puisque dans les successions même le fils de l'incapable, comme du banni ou de l'exheredé, ne laisse pas de venir à la succession. ☞ Aussi l'on a jugé que deux freres adulterins se pouvoient faire un legs universel l'un à l'autre, pareil legs n'étant prohibé que du pere au fils naturel : l'Arrest qui est du 6. Aoust 1677. fut rendu au procés du sieur Chevallier, fils naturel de Monsieur Chevallier, Premier President en la Cour des Aydes, & est rapporté dans le Journal du Palais part. 5. pag. 254.]

16. Dispute de Bartole & de Balde sur ce sujet.

Au contraire, Balde en son Conf. 118. a dit, qu'en ce cas le petit-fils ne pouvoit estre institué, parce qu'il venoit d'une source & d'une racine infectée, & cette opinion a même esté suivie par Monsieur le President Durant, qui en rapporte un Arrest en sa qu. 20. Mais outre que la commune opinion a suivi l'avis de Bartole, il a esté confirmé par un Arrest du 18. Février 1610. rapporté par Bacquet du droit de bâtardise ch. 3. & par un autre du 21. Avril 1637. rendu en bien plus forts termes; car il s'agissoit de divers legs, entre lesquels il y en avoit un de l'universalité des meubles, que le nommé Pierre le Cocq Referendaire, avoit fait aux enfans de Pierre Verdun, & de Marie le Cocq sa fille adulterine, desquels on ne laissa pas d'ordonner l'execution; parce que l'on jugea que le vice de la naissance de la mere estoit reparé par son mariage, & que ses enfans estoient un legitime objet de la complaisance de leur ayeul: & quoiqu'il y eût eu des Lettres de legitimation obtenuës par le pere, du consentement d'une sienne sœur, au profit de cette fille adulterine, il est certain que ce ne fut point cette circonstance qui obligea la Cour de confirmer ces legs; parce que ces Lettres ne portoient point & ne pouvoient regulierement porter de clause de succeder. Ainsi elles n'empêchoient pas que la mere ne fût incapable d'un legs universel: mais ou jugea que cette incapacité ne passoit point en la personne de ses enfans.

17. Que l'affirmative est suivie communément.

18. Que cette décision n'a pas lieu quand l'ayeul a des enfans legitimes.

Cette décision même doit encore souffrir exception, au cas que l'ayeul naturel ait des enfans legitimes; car je n'estime pas qu'en ce cas il puisse faire un legs universel aux enfans legitimes de son bâtard, suivant la même Loy derniere. *C. de natur. lib.* qui dit, *liceat eis, quantum voluerint sua substantia in eos conferre nulla legitima sobole subsistente:* car c'est déja un passe-droit assez considerable, que d'avoir permis au pere naturel d'instituer les enfans de son bâtard, estant tout évident qu'il ne considere en cela que son bâtard même, & la maxime estant qu'en matiere de dispositions testamentaires, l'on ne regarde pas celui dont le nom a esté interposé; mais bien celuy qui a esté l'objet de la pensée du testateur, suivant la Loy *Cum pater §. donationis de legat. 2.* qui dit, *non quæri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.* Aussi je vois que le Parlement de Thoulouse a condamné une pareille disposition faite, *legitimis existentibus*, par Arrest du 18. Juin 1621. rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 1. sur la fin; non pas à la verité dans le cas d'un pere naturel, qui *liberis existentibus*, eût disposé au profit des enfans legitimes de son bâtard; mais en plus forts termes, & dans l'espece d'un pere legitime, qui *aliis legitimis existentibus* avoit fait une institution universelle au profit des enfans bâtards de sa fille legitime.

19. Arrest du Parlement de Thoulouse.

Je serois aussi du sentiment de ceux qui ont crû, que la disposition de la Loy *Generaliter 6. C. de institut. & substitut.* qui confirmant la Loy *cum avus 102. ff. de condition. & demonstrat.* en fait l'application aux enfans legitimes du bâtard, à qui le pere naturel avoit substitué, ne se devoir point observer dans nostre Droit : car il ne suffit pas que la présomption de l'affection de l'ayeul soit fondée dans la nature, afin qu'elle fasse manquer un fideicommis, qui est exprés; mais il faut pour cela qu'elle soit encore fondée dans la Loy, & les enfans legitimes du bâtard ne tiennent pas à leur ayeul par des liens assez forts; puisque la Loy ne les a pas formez, pour meriter un effet si extraordinaire.

20. Que cette décision n'a pas lieu non plus à l'égard des enfans d'un bâtard né *ex damnato coitu*.

Je n'estime pas non plus que ces dispositions puissent estre autorisées *in damnato coitu*, & que par exemple, un Prestre puisse faire une institution ni un legs universel aux enfans legitimes de son bâtard; l'horreur qui se trouve attachée à la naissance du fils d'un Prestre, l'emportant sur la commiseration que l'on pourroit avoir pour les petits-fils : *Qui ex damnato sunt coitu, omni prorsus beneficio excluduntur*, dit la Loy *licet C. de natur. lib.* Aussi la Loy 46. *C. de Episc. & Cler.* dit en cas semblable, *ut nec donationem ab illis capere possit, nec per interpositas quidem personas.* Ce qui a esté ainsi jugé par Arrest du 14. Aoust 1570. rapporté par Bacquet du droit de bâtardise, chap. 4. nomb. 2. & au Parlement de Thoulouse, par Arrest du 4. Septembre 1619. rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 1.

21. Que l'on ne suivroit pas aujourd'hui l'Arrest de le Cocq.

Sur ce fondement je doute que l'on suivist aujourd'huy l'Arrest de le Cocq du 21. Avril 1637. que nous avons dit avoir confirmé un legs universel de meubles fait par un pere au profit des enfans legitimes de sa fille adulterine : car l'on peut dire en ce cas avec Cassiodore, *horror patris transit ad filios, & novo infelicitatis eventu fit dedecus proprium, scelus alienum.*

22. Que nous establissons aussi bien que le Droit Romain des differences entre les bâtards, quand il s'agit des effets plûtôt que des noms.

Il y a encore une chose à remarquer, c'est qu'encore que nous ne suivions pas le Droit Romain dans toutes les differences qu'il a faites des enfans illegitimes, & que nous les comprenions tous sous le terme general de *bâtards*, neanmoins ces differences ne sont pas sans application parmy nous, quand il s'agit non pas des dénominations, mais des effets. Car, par exemple, quoique sous ce mot de *bâtard* l'on enveloppe aussi-bien l'enfant né d'un inceste ou d'un adultere, que celuy qui est né d'une simple concubine, il est constant neanmoins que s'il s'agit de sçavoir si le bâtard a pû estre legitimé, il y aura grande difference entre un enfant incestueux, soit que l'inceste soit commis entre parens en ligne directe, ou en ligne collaterale, ou avec une personne dévoüée à la Religion & aux Autels, qui est l'épouse du Seigneur, suivant le Canon *Abstulit 12. qu. 1.* & un enfant né d'une simple concubi-

ne. Car personne ne dira que l'enfant incestueux ait pû estre legitimé, ni que le bâtard adulterin puisse jamais succeder, quoique legitimé avec clause expresse à cet effet. Mais comme ces differences sont principalement dans les effets de la legitimation, il est necessaire d'établir ici les principes de la matiere des legitimations, & de commencer par examiner les conditions & les effets de la legitimation par mariage subsequent.

DISTINCTION I.

De la legitimation par Mariage subsequent.

SOMMAIRE.

1. *Etablissement de cette legitimation par le Droit Romain.*
2. *Des conditions requises pour cette legitimation.*
3. *De celles qui sont requises par le Droit Canon.*
4. *Que les mariages* in extremis, *ne legitiment pas à l'effet de succeder.*
5. *Temperament suivi par les Arrests.*
6. *Que le mariage secret & clandestin ne legitime pas non plus.*
7. *Arrest qui juge qu'un mariage fait en Angleterre, legitime des enfans pour les biens de France.*
8. *S'il est necessaire pour la legitimation par mariage subsequent, que les pere & mere ayent pû se marier ensemble lors de leur habitude.*
9. *Si celuy qui possede des Benefices simples, & a cependant des enfans d'une concubine, peut en quittant ses Benefices, & épousant sa concubine, legitimer ses enfans.*
10. *Si le mariage subsequent qui se fait avec dispense, legitime les enfans déja nez.*
11. *Que le Pape ne peut pas dispenser à l'effet de succeder.*
12. *Que dans le cas proposé la legitimation a lieu.*
13. *Enfans adulterins censez legitimes, à cause de la bonne foy de l'un des conjoints.*
14. *Objection tirée du nombre precedent, contre celle du nombre 12.*
15. *Arrest des Chauvelins.*
16. *Que nôtre Droit égale les enfans ainsi legitimez, aux legitimes.*
17. *Que les enfans legitimez font cesser la condition* si sine liberis.
18. *Qu'ils sont compris dans la substitution reciproque & generale au profit des enfans.*
19. *Qu'ils peuvent demander un partage égal dans les Coutumes d'égalité, nonobstant que le pere en ait disposé autrement.*
20. *Qu'ils ont droit de legitime.*
21. *Si le bâsard meurt avant le mariage, & qu'il laisse des enfans legitimes, ils succederont à l'ayeul pere du bâtard.*
22. *Si l'effet du mariage subsequent est retroactif ou devolutif.*
23. *Que les legitimez per* subsequens, *ont le droit d'aînesse, comme s'ils estoient nez legitimes.*
24. *Que le legitimé a le retrait lignager.*
25. *Dans les Coutumes d'exclusion une fille dotée comme naturelle revient à la succession aprés sa legitimation.*
26. *Si vice versa, la fille dotée ne peut pas estre excluse par des enfans mâles legitimez.*

Les conditions des legitimations regardent ceux qui peuvent legitimer, & ceux qui peuvent estre legitimez; & comme la legitimation la plus ordinaire est celle qui se fait par mariage subsequent, il faut dire que les peres & meres sont les premiers qui ont droit de legitimer leurs bâtards. Quoique cette legitimation ne fût pas établie par l'ancien Droit, elle l'est aujourd'huy par toute sorte de Droits. La Loy *Cum quis 10. C. de natural. lib.* aprés avoir expliqué cette legitimation dit, que s'il naist d'autres enfans du mariage subsequent, bien loin de pouvoir contester l'état de ceux qui ont esté legitimez; qu'au contraire ils leur sont obligez de ce qu'ils sont nez legitimes, puisqu'ils ont esté l'occasion & le principal objet du mariage de leurs pere & mere, *Cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt justi filii & nomen & ordinem consecuti.* Et dans le §. du titre des Institut. *de heredit. quæ ab intest. defer.* il est dit que le mariage legitime même ceux qui sont morts auparavant. *Vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti.*

1. Etablissement de cette legitimation par le Droit Romain.

Il étoit necessaire autrefois pour cette sorte de legitimation; 1. Que la femme que l'on épousoit fût de libre condition; 2. Que le mariage eût pû se faire dans le temps du concubinage; 3. Qu'il se fist un contrat de mariage. Aujourd'huy les deux dernieres conditions suffisent, suivant la Nov. 118. chap. dernier. Et quoique le contrat ne soit pas essentiel au mariage, il l'est aujourd'huy pour luy donner la force de legitimer. Nous avons autrefois suivi cette Jurisprudence, & il y a d'anciens Arrests, & entr'autres un du 23. Aoust 1577. rapporté par Maistre René Chopin en son Commentaire sur la Coutume d'Anjou, liv. 2. art. 41. nomb. 7. & par Papon en ses Arrests, liv. 21. tit. 3. art. 16. qui ont jugé conformément au Droit Civil, que des enfans n'avoient pû estre legitimez par un mariage subsequent, parce qu'il n'y avoit point eu de contrat de mariage.

2. Des conditions requises pour cette legitimation.

Le Droit Canon ne differe du Droit Romain, suivant le chap. *Tanta vis, extra qui filii sint legitimi*, qu'en ce qu'il ne demande pas de contrat de mariage; ce qui doit estre suivi aujourd'huy, selon Decius en son Conseil 155. 3. De celles qui sont requises par le Droit Canon.

Enfin nostre Droit se contente de deux choses: La premiere, que le mariage ait pû se contracter au temps du concubinage; La seconde, qu'il soit actuellement celebré.

L'on peut demander à present, si pour legitimer des enfans nez d'une concubine, & les rendre capables des effets civils, il suffit de contracter un mariage à l'extremité de la vie? Bened. sur le chap. *Raynutius* sur ces mots, *in extremis positus n. 13.* ayant esté d'avis qu'un mariage de cette nature suffisoit pour legitimer, & y ayant d'anciens Arrests qui l'ont ainsi jugé, & entr'autres un du 29. Mars 1599. rapporté par Monsieur le Prestre Cent. 2. ch. 7. & comme dés ce temps-là on jugeoit que les mariages *in extremis*, n'estoient pas nuls, on leur donnoit les 4. Que les mariages *in extremis* ne legitiment pas à l'effet de succeder.

effets civils, & principalement celuy de legitimer : mais l'Ordonnance de 1639. a decidé le contraire en termes si précis, qu'il faut conclure que ces mariages ne legitiment point pour pouvoir succeder. En effet, aprés que cette Ordonnance a declaré en l'article 5. la nullité des mariages clandestins, & que les enfans qui en naissent, sont incapables de toutes successions, elle dit en l'art. 6. que la même peine aura lieu contre les enfans nez de femmes, que les peres ont entretenuës, & qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extremité de la vie. Et c'est avec beaucoup de justice que cette Loy a condamné de si grands abus; car y a-t-il chose plus absurde que de mesler la ceremonie d'un mariage avec l'appareil d'une mort prochaine, de remettre au moment de son decés le sacrifice de la vie, & de demander au Ciel en même temps & les graces de la mort, & les benedictions d'un mariage ? Dans le Droit on ne pouvoit pas stipuler, que la dot seroit payée lors de la mort, parce que c'étoit le temps de la restitution de la dot, & la fin du mariage : *Cum in id tempus stipulari non deceret quo matrimonium amplius futurum non esset*, dit la Loy *Julius 26. ff. de jure dotium*; & par cette raison le legs d'un usufruit à commencer au jour de la mort du Legataire, étoit nul, selon la Loy 52. *ff. de usufr.* & la Loy *usumfructum ff. de usufr. & habit. legat.* qui dit, *absurdum foret eo incipere usumfructum, ubi desinere debuisset.* Voyez Chopin sur la Coûtume de Paris, liv. 2. tit. 2. nomb. 17. sur la fin.

5. Temperament suivi par les Arrests.

Il semble neanmoins que l'on ait voulu apporter une explication à cette Ordonnance, que lorsque celuy, à cause de la naissance duquel le mariage est inégal, se trouve en santé; mais que la femme qui cause la mesalliance est à l'extremité de la vie, le mariage celebré en ce temps ne laisse pas de legitimer à l'effet de succeder : ce qui a esté jugé dans la Cause des Sieurs Fery par Arrest de la Quatriéme des Enquestes du mois de May 1675. ☞ Et dans la même année par un autre du 5. Septembre, qui est rapporté dans le Journal du Palais, partie cinquiéme, page 175. & suivantes,] & auparavant par l'Arrest de Dampierre. *Sed quid*, si c'étoit une femme de qualité qui eût entretenu un homme de bas lieu, pourroit-elle en l'épousant lorsqu'elle le voit en extremité de maladie, legitimer leurs enfans ? Il faut dire que ce temperament doit estre reciproque pour les deux sexes, soit que la mesalliance soit du côté de la femme, ou du côté de l'homme.

6. Que le mariage secret & clandestin ne legitime pas non plus.

Il est aussi constant que le mariage secret & clandestin n'a pas la force de legitimer des enfans déja nez, puisqu'il n'en produit pas de legitimes, comme il vient d'estre dit en faisant mention des art. 5. & 6. de l'Ordonnance de 1639. A quoy l'on peut rapporter cet ancien usage dont nous avons aussi parlé, selon lequel il faloit faire un contrat pour pouvoir legitimer par un mariage subsequent, quoique le contrat n'ait jamais esté requis pour la validité du mariage, ni pour produire des enfans legitimes; ce qui marque qu'en ce temps au moins il faloit plus de formalitez pour legitimer des enfans déja nez, que pour en produire de legitimes.

7. Arrest qui juge qu'un mariage fait en Angleterre, legitime les enfans pour les biens de France.

L'on a jugé neanmoins qu'un mariage celebré en Angleterre, où la legitimation *per subsequens* n'a point lieu, ne laissoit pas de legitimer des enfans nez en France, & c'est la décision de l'Arrest d'Audience du 21. Juin 1668. Mais c'est qu'il n'y avoit pas de vice dans le mariage, qui est un contrat du droit des gens, & qu'il ne s'agissoit que de son effet à l'égard d'un naturel François, & pour des biens de France.

L'on peut encore demander s'il est necessaire pour la legitimation des enfans, qu'il y ait pû avoir mariage entre le pere & la mere lors de leur habitude; & il faut répondre avec le chap. *Tanta vis, extra qui filii sint legitimi*, que si un mary du vivant de sa femme a eu un enfant d'une autre personne, laquelle il épouse aprés la mort de sa femme, l'enfant ne sera pas legitimé par le mariage subsequent; ☞ quoique cette personne fût libre, ce qui a esté jugé par un Arrest du Parlement d'Aix du 6. Juin 1676. rapporté dans le Journal du Palais, partie cinquiéme, page 209. & suivantes.] Mais si au temps de la conception le pere n'étoit pas encore marié, & qu'au temps de la naissance, il eût épousé une autre femme, l'enfant n'est point reputé adulterin, quoique né pendant le mariage de son pere; & si dans le même cas le pere épouse sa concubine aprés la mort de sa premiere femme, l'enfant sera legitimé par le mariage subsequent, quoiqu'au temps de la naissance le pere n'eût pas pû épouser sa concubine à cause de son premier mariage. Que si une concubine a conçû d'un homme marié; mais qui soit devenu veuf lors de la naissance de l'enfant, l'on doit encore dire, que l'enfant pourra estre legitimé par un mariage subsequent; parce que quand les circonstances changent entre la conception & la naissance, pour répondre en faveur des enfans, l'on a égard au temps qui leur est le plus avantageux; & sur ce fondement quelquefois l'on considere le temps de la conception, sans avoir égard à celuy de la naissance; quelquefois l'on a égard au temps de la naissance, sans considerer celuy de la conception : souvent aussi l'on s'attache au temps intermediaire entre la conception & la naissance; c'est la disposition de la Loy 5. §. 2. & des Loix 18. & 19. *ff. de statu hominum.*

8. S'il est necessaire pour la legitimation par mariage subsequent, que les pere & mere ayent pû se marier lors de leur habitude.

L'on a proposé autrefois, si un Clerc tonsuré qui possede des Benefices simples, ayant eu des enfans d'une concubine, les peut legitimer en quittant ses Benefices & épousant la mere; & le sujet de douter est, que tels enfans sont conçûs & sont nez du temps que leur pere conservant ses Benefices ne pouvoit pas épouser la mere; d'où il semble qu'ils ne puissent estre legitimez, suivant le chap. *Tanta vis.* Mais cette question est un jeu d'esprit de nos Docteurs, qui concluent pour la legitimation, sur le fondement que le pere avoit pû épouser sa concubine en tout temps, en quittant ses Benefices. Covarr. *de sponsal. part. 2. cap. 8. §. 2. n. 5.* & c'est un des points de l'Arrest de Dampierre.

9. Si celuy qui possede des Benefices simples, & a cependant des enfans d'une concubine, peut en quittant ses Benefices & épousant la mere, legitimer ses enfans.

L'on peut encore demander, si le mariage subsequent, qui se fait avec dispense, à cause que c'est, par exemple, entre cousins germains, legitime les enfans qui sont nez dans l'inceste. Car d'un côté le chap. *Tanta vis* requiert que le mariage ait pû se faire au temps de l'habitude, en sorte que si l'un des deux étoit lors marié, l'enfant n'est point legitimé par le mariage subsequent; d'où il semble que l'on puisse inferer que des cousins n'ayant pû se marier lors de leur habitude, parce qu'ils n'avoient pas encore de dispense, leurs enfans ne sont point legitimez par le mariage subsequent fait avec dispense. D'autre part on dit, que le mariage subsequent fait avec dispense, efface tout le vice de la naissance des enfans, & qu'à cet effet la dispense de Cour de Rome porte ordinairement, en ce cas, une clause précise pour la legitimation. Mais j'estime que cette clause est déja inutile parmi nous quant aux

10. Si le mariage subsequent qui se fait avec dispense, legitime les enfans déja nez.

11. Que le Pape ne

peut pas dispenser à l'effet de succeder.

successions, & qu'elle ne peut servir qu'à rendre les enfans capables de posseder des Benefices, nonobstant le défaut de leur naissance; en sorte que c'est une pure dispense qui seroit même comprise dans l'effet de la legitimation par mariage subsequent. Il n'appartient pas à la Cour de Rome, de rendre les Sujets du Roy capables ou incapables de successions, *quod summi imperii compotes non sint passuri*, dit à ce sujet Monsieur Dargentré sur l'art. 456. de la Coutume de Bretagne, chap. 2. du Traité de Legitimation, qu'il a fait pour Commentaire sur ce même article. C'est un des points des Libertez de l'Eglise Gallicane, auquel on ne souffre point que les facultez des Legats, ordinairement fort étenduës, dérogent en façon quelconque. Et Monsieur Benoist sur le chap. *Raynutius, verb. nomine Adelasiam n. 203.* dit, qu'il n'y a que des Docteurs complaisans, qu'il appelle des Docteurs de *Placebo Domino*, qui attribuent à la Cour de Rome, que hors les terres où elle a la puissance temporelle, elle puisse legitimer à l'effet de succeder. Aussi le Pape ayant quelquefois dispensé des Chevaliers de Malthe ou autres Religieux à l'effet de succeder, les Generaux des Ordres en ont esté reçûs appellans comme d'abus.

12. Que dans le cas proposé la legitimation a lieu.

Au surplus dans l'espece proposée je conclurois pour l'affirmative; car le veritable sens du chap. *Tanta vis* est, que quand il ne pouvoit y avoir de mariage en aucune façon lors de la conception ou de la naissance des enfans, le mariage qui survient depuis, ne les legitime pas; ce qui se trouve en l'espece proposée en ce chapitre, où un homme marié ayant eu durant son mariage des enfans d'une concubine, l'épouse aprés la mort de sa femme: car en cette espece, comme on n'a jamais droit d'épouser deux femmes, il est vray de dire, que l'habitude seroit faite en un temps où il ne pouvoit se faire aucun mariage entre ces deux personnes, c'est pourquoy le mariage subsequent ne legitime pas. Il n'en est pas de même lorsque le mariage n'estoit pas impossible, & lorsqu'il se pouvoit faire au moins avec dispense dans le temps de l'habitude; car en ce cas, quoique l'on ait commencé *ab illicitis*, le mariage subsequent contracté avec dispense, legitime les enfans, quoique nez d'une conjonction incestueuse, & efface toutes les taches de la naissance.

13. Enfans adulterins quelquefois censez legitimes, à cause de la bonne foy de l'un des conjoints.

Il y a moins d'inconvenient à cela qu'en ce que nous voyons tous les jours, qu'en certains cas les enfans adulterins ne laissent pas de succeder, non par l'effet d'un mariage subsequent, mais sur le fondement d'un mariage qui precede leur naissance, & que le pere ou la mere a contracté de bonne foy. Au cas, par exemple, que quelqu'un étant déja marié, contracte un second mariage du vivant de sa premiere femme; car si la seconde femme est dans l'ignorance & la bonne foy, les enfans seront legitimes, & succederont au pere & à la mere; c'est à dire, tant à celuy des conjoints qui est en mauvaise foy, qu'à celuy qui est en bonne foy: C'est l'espece d'un Arrest rendu au rapport de Monsieur Loüet en la Cinquiéme des Enquêtes, le 30. Aoust 1597. par lequel il fut jugé, qu'une femme s'étant remariée sur de fausses nouvelles de la mort de son mary, qui étoit aux galeres, les enfans qu'elle avoit eus de ce mariage étoient legitimes, & cet Arrest est rapporté par Bacquet, 2. partie du Droit de Bâtard. chap. 9. nomb. 8. Il se voit aussi que les enfans d'un Prêtre ne laissent pas d'être legitimes, par l'effet de la bonne foy de celle qu'il a épousée, lorsqu'elle étoit dans une juste ignorance; & c'est le cas d'un Arrest du 28. Juillet 1598. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 2. chap. 18.

L'on demandera peut-être pourquoy la bonne foy d'un des conjoints rendant les enfans legitimes & capables de succeder, il ne se pourroit pas faire que cette même bonne foy se rencontrant dans l'un des conjoints lors du mariage subsequent, legitimât les enfans qui seroient nez avant ce mariage? au cas, par exemple, qu'un homme marié celast son mariage à sa concubine, & l'épousast pendant la vie de sa femme. Car ne semble-t-il pas que sans déroger au chap. *Tanta vis*, l'on puisse soutenir cette legitimation?

14. Objection tirée du nombre precedent contre la décision du nomb. 12.

La réponse est, que ce seroit accumuler deux fictions & deux privileges, que de juger qu'un mariage, qui est nul en soy, non-seulement produisist des enfans legitimes; mais legitimât encore ceux qui seroient déja nez; & cela contre la maxime ordinaire qui est dans la glose sur la Loy *Cum post divortium 69.* au *§. gener. in verb. placuit ff. de jure dotium.* D'ailleurs la raison pour laquelle les enfans d'un mariage putatif sont declarez legitimes, cesse icy; car il n'y a point de concubinage de bonne foy, & si un mariage de cette sorte ne peut guerir qu'une blessure, il est bien plus juste qu'il repare le mal que l'on fait de bonne foy, que celuy que l'on a fait de mauvaise foy; qu'il legitime les enfans qui naissent depuis, que ceux qui sont nez auparavant.

Enfin comme il n'y a point de regle qui ne souffre quelque exception dans des circonstances singulieres, l'on a vû dans l'affaire des sieurs Chauvelins, autoriser une legitimation *per subsequens*, d'enfans nez d'un Conseiller de la Cour, Soûdiacre, & d'une Abbesse; mais ce fut parce que les parens qui avoient donné les mains au mariage, s'aviserent long-temps aprés & à l'occasion d'une succession collaterale, de contester l'état des enfans ainsi legitimez, & cette circonstance donna lieu à l'Arrest du 18. Mars 1666. par lequel sur l'appel comme d'abus de l'execution de la dispense des Ordres, & de la celebration d'un mariage, l'on mit les parties hors de Cour & de procés.

15. Arrest des Chauvelins.

A l'égard des effets de ces sortes de legitimations, je dirai en general que nostre Droit les a tellement favorisées, qu'il a égalé en toutes choses les enfans legitimez de cette maniere, à ceux qui sont nez legitimes, ce qui se peut justifier par plusieurs preuves.

16. Que nôtre Droit égale les enfans ainsi legitimez aux legitimes.

La premiere, que l'on a jugé par Arrest du 10. May 1583. rapporté par du Luc, au tit. *de fideic. hered. Arr. 1.* que les enfans legitimez font cesser la condition *si sine liberis decesserit*, apposée dans un fideicommis.

17. Que les enfans legitimez font cesser la condition *si sine liberis*.

De même, ils sont compris dans la substitution reciproque des enfans, faite en termes generaux, suivant l'Arrest de la prononciation de la Pentecôte de l'an 1558. rendu pour la succession de la Maison de Foix contre le Comte de Carmain, & rapporté par Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 4. nomb. 18. comme aussi ils sont reputez appellez par toutes sortes de dispositions faites au profit des enfans legitimes, selon Grass. *§. successio ab int. qu. 19. n. 6.*

18. Qu'ils sont compris dans la substitution reciproque & generale au profit des enfans.

La seconde, que l'on a jugé que dans les Coutumes qui desirent une égalité absoluë entre les enfans, un enfant ainsi legitimé, à qui son pere avoit fait sa part, pouvoit demander un partage égal, & c'est la décision d'un Arrest du 30. May 1647. rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 5. chap. 18.

19. Qu'ils peuvent demander un partage égal dans les Coutumes d'égalité, nonobstant que le pere en ait disposé

La troisiéme, que dans les autres Coutumes le legitimé par mariage subsequent a droit de legi-

autrement.

20. Qu'ils ont droit de legitime.

time contre des enfans nez d'un autre mariage ; ce qui a eſté jugé par un Arreſt du Mardi 9. Aouſt *1639.* rapporté par Maiſtre Julien Brodeau ſur la lettre L. de Monſieur Loüet, nomb. 7. art. 3. juſque-là que cet Auteur prétend que l'on ne pourroit pas préjudicier à leur legitime par le contrat du mariage ſubſequent, qui eſt le titre de leur legitimation, non pas même au profit d'autres enfans nez d'un precedent mariage. Ce qu'il dit avoir eſté jugé par un Arreſt du 1. Juin *1629.* mais du Freſne qui rapporte cet Arreſt, ne dit point qu'il y eût de bâtards legitimez : ainſi cet Arreſt n'a reglé autre choſe, ſinon que par le contrat d'un ſecond mariage l'on ne peut pas préjudicier à la legitime des enfans à naiſtre.

21. Si le bâtard meurt avant le mariage, & qu'il laiſſe des enfans legitimes, ils ſuccederont à l'ayeul pere du bâtard

La quatriéme, que ſi le bâtard eſt mort avant le mariage de ſa mere, & qu'il ait laiſſé des enfans d'un legitime mariage, ces enfans ſeront rendus capables par ce mariage ſubſequent de ſucceder à leur ayeul ; ce qui peut eſtre fondé ſur ce texte des Inſtit. qui vient d'eſtre cité, *vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti*, ſur le fondement duquel il eſt vray de dire, que ces enfans ne viennent pas par un milieu inhabile, & qu'ils repreſentent un fils legitime : Outre qu'il ſuffiroit que ſi au temps de la mort de l'ayeul le fils naturel eût eſté encore vivant, il eût eſté alors ſon fils legitime, comme il eſt dit en la Loy *Si filium ff. de grad. adfinit.* Que ſi quelqu'un aprés la mort de ſon fils en adopte un autre, ce fils adoptif eſt reputé le frere du fils prédecedé, *videri eum defuncti fratrem fuiſſe* ; parce que ſi le fils legitime avoit vécu, l'adoption auroit fait cette alliance. Il faut avoüer neanmoins que les Docteurs ont eſté fort partagez ſur cette matiere; Decius ayant eſté de contraire avis en ſon conſ. 143. ſuivi en cela par Chaſſanée ſur la Coutume de Bourgogne, *Rub. 8. §. 3. n. 8.* & Tiraq. ayant eſté de l'opinion qui vient d'eſtre établie, en ſon Traité du Droit d'Aîneſſe, qu. 34. nomb. 64.

22. Si l'effet du mariage ſubſequent eſt retroactif ou devolutif.

Il faut auſſi eſtre averti que quelques-uns prétendent que le mariage ſubſequent a un effet devolutif, par lequel les enfans ſont reputez nez ſeulement du jour de leur legitimation, & non pas un effet retroactif, par lequel ils ſoient reputez legitimes du jour de leur naiſſance, *Guill. de Cuneo in l. Benignius ff. de legit.* eſt de cet avis auſſi bien que *Anton. de Roſell. Tract. de legitimat. tit. de cauſa mater. legitim. n. 31.* où il cite la Loy *Libertinus 5. ff. de bon. libert. §. 1.*

RAISONS CONTRE L'EFFET devolutif.

Mais cela m'a toûjours paru une erreur, non ſeulement à cauſe du texte précis de la Loy; mais principalement parce qu'il eſt bien plus juſte de faire remonter la legitimation, qui eſt un effet civil, que de faire deſcendre la naiſſance à qui la nature a donné une datte trop certaine pour ſouffrir ce changement. M. Julien Brodeau ſur la lettre D. de Monſieur Loüet nomb. 52. a prétendu que cet effet devolutif avoit eſté jugé par un Arreſt du 21. Mars 1606. & que Monſieur le Preſident Forget taxa l'opinion des Docteurs, qui donnent cet effet retroactif au mariage ſubſequent; mais il y a apparence que M. Julien Brodeau a rapporté cela ſur de faux memoires : car, 1. l'effet retroactif n'eſt pas fondé ſur une ſimple opinion de Docteurs, mais ſur des textes précis de la Loy, qui ſont le §. 2. des Inſtit. *de heredit. quæ ab inteſt.* qui a déja eſté cité, & cette Loy *ſi filium ff. de grad.* où il eſt dit, *ſi filio meo mortuo filium adoptavero, videri eum defuncti fratrem fuiſſe* : d'où l'on peut conclure, que ſi un adopté eſt cenſé frere d'un fils mort avant l'adoption, à plus forte raiſon des enfans legitimez ſont cenſez legitimez par l'effet du mariage ſubſequent, non du jour de leur legitimation, mais du jour de leur naiſſance.

2. L'Arreſt jugea bien que des enfans déja nez lors d'une donation, la revoquoient, quand ils venoient à eſtre legitimez, donnant cet effet à la legitimation que produit le mariage ſubſequent; mais il ne jugea pas pour cela que la legitimation n'eût pas d'effet retroactif : car quoique les enfans déja nez lors de la donation, ne la revoquent pas en vertu de la Loy *Si unquam*, qui n'eſt pas faite *pro jam natis*, cela s'entend des enfans qui ſont nez legitimes; mais comme on a jugé dans le general, qu'un pere n'auroit pas donné, s'il avoit cru devoir avoir des enfans, l'on a bien pû juger auſſi qu'il n'auroit pas donné, s'il avoit cru en avoir qui dûſſent devenir ſes enfans legitimes : Auſſi cet Arreſt eſtant le 108. des Arreſts de Monthelon, l'on voit dans cet Auteur que la Cour ne jugea autre choſe que cela ; c'eſt à dire, que la donation eſtoit revoquée par la legitimation arrivée par le mariage ſubſequent. Cet Arreſt fut même rendu dans une eſpece trop favorable, pour eſtre tiré à conſequence, & vray-ſemblablement ce que Monſieur le Preſident Forget dit au Barreau, n'eſtoit qu'au ſujet de l'eſpece particuliere, & non de la queſtion generale.

23. Que les legitimez *per ſubſequens* ont le droit d'aîneſſe, comme s'ils eſtoient nez legitimes.

La cinquiéme, que les legitimez par mariage ſubſequent, non ſeulement ont le droit d'aîneſſe entr'eux, mais ils l'ont encore à l'égard de leurs freres & ſœurs nez du mariage ſubſequent, & même à l'égard des autres enfans nez d'un mariage intermediaire entre la naiſſance des bâtards & le ſecond mariage, lequel a fait la legitimation, nonobſtant la poſſeſſion où l'aîné de ce mariage intermediaire, auroit eſté pendant quelque temps, d'eſtre reputé l'aîné de la Maiſon, ce qui ſera établi au Liv. 2. ch. 2. de la ſucceſſion des Fiefs, ſection 1. nombre 15.

24. Que le legitimé a le retrait lignager.

La ſixiéme, que le legitimé par mariage ſubſequent peut exercer le retrait lignager en tous les cas, où cela eſt permis aux legitimes, à la difference du legitimé par Lettres du Prince, qui ne pouvant ſucceder qu'à ceux qui ont conſenti à ſa legitimation, ne peut auſſi retraire que les biens par eux vendus.

25. Dans les Coutumes d'excluſion une fille dotée comme naturelle, revient à la ſucceſſion aprés ſa legitimation.

La ſeptiéme, que la legitimation qui arrive par mariage ſubſequent, ſe fait tellement *per plenam reſtitutionem natalium*, que ſi dans la Coutume de Bourbonnois ou de Bretagne, où une fille mariée, dotée & appanée eſt excluſe de la ſucceſſion, le pere naturel marie ſa fille, & la dote, qu'enſuite il épouſe la mere, aprés la mort de laquelle il paſſe, ſi l'on veut, à de ſecondes nôces, dont il ait des mâles, la fille ainſi mariée & depuis legitimée, peut prétendre juſtement qu'elle n'eſt point excluſe, parce qu'elle a eſté mariée comme naturelle, & non point comme legitime, & que ſi ſon pere l'avoit mariée comme legitime, ou il luy auroit conſtitué une plus grande dot, ou même il l'auroit reſervée & rappellée, ce qu'il ne pouvoit faire lorſqu'il l'a mariée.

Et il ne ſert de rien de dire, que la legitimation ayant un effet retroactif, cette fille eſt reputée née legitime, & qu'ainſi ayant eſté dotée, elle doit eſtre excluſe comme une fille née legitime, à qui on auroit conſtitué la même dot : car cet effet retroactif de la legitimation eſt établi en faveur du legitimé, & non contre luy. D'ailleurs, le pere n'a pas eu lors de ce mariage

les sentimens d'un pere legitime ; ainsi pour donner à la fille cette pleine restitution, qu'opere la legitimation, il faut necessairement l'admettre à la succession.

26. Si *vice versa* la fille dotée ne peut pas estre exclu-se par des enfans mâles legitimez.

Il sembleroit que *vice versa* il faudroit dire, que la fille dotée ne doit pas estre excluse par des enfans naturels, qui depuis sa constitution dotale ont esté legitimez par un mariage subsequent ; ce qui n'est pas neanmoins, puisque le pere avoit les sentimens d'un pere legitime lorsqu'il l'a pourveuë. Et que l'on doit croire qu'il a d'autant plus augmenté sa dot, qu'il n'avoit point lors d'autres enfans legitimes. Mais, dira-t-on, il l'auroit reservée, s'il avoit crû devoit legitimer ses bâtards. A quoy je réponds, que la fille n'est pas moins excluse par les masles qui naissent aprés son mariage, que par ceux qui sont déja nez en ce temps, & que la difference de ces deux especes est, que dans la premiere il est constant que le pere qui a marié sa fille comme naturelle, n'a pas voulu la legitimer, & n'a pas prévû qu'il le dût faire ; mais dans la seconde, un pere qui marie sa fille legitime, peut aisément prévoir la naissance des enfans masles qu'il peut avoir, ou qu'il se peut faire legitimes, & ainsi il marque assez quand il ne la reserve pas, que sa volonté est qu'en tout cas elle n'ait que ce qu'il luy donne.

Au reste, un pere ne peut pas diviser l'effet de la legitimation par mariage subsequent, en l'appliquant à quelques-uns de ses enfans naturels, & l'ôtant aux autres, quoiqu'en dise *Antonius de Rosell.* en son Traité *de legitimat. tit. de causa mater. legitim. n. 30.* & le mariage est un baptême, dont les eaux estant appliquées sur le chef, répandent également leur vertu sur tous les membres.

DISTINCTION II.

De la legitimation par Lettres.

SOMMAIRE.

1. *La 1. condition de cette legitimation est, qu'il faut avoir des Lettres du Prince.*
2. *Qu'à Rome les enfans* ex nefario coïtu, *ne pouvoient estre legitimez à l'effet de succeder.*
3. *Que la legitimation du Prince n'avoit lieu que quand on ne pouvoit legitimer* per subsequens.
4. *Que quelques-uns prétendent que l'usage des legitimations par Lettres, à l'effet de succeder, est aboli.*
5. *La 2. condition est, que les Lettres contiennent une clause précise à l'effet de succeder.*
6. *La 3. est, que les enfans soient nez d'un simple concubinage.*
7. *Si les enfans nez* ex nefario coïtu, *peuvent estre legitimez du consentement des heritiers.*
8. *Que les Lettres doivent estre obtenuës & enterinées du consentement du pere.*
9. Quid *si le pere decede avant l'enterinement des Lettres.*
10. *Que les freres legitimez se succedent les uns aux autres sans autre consentement.*
11. *Le consentement de celuy à la succession duquel le legitimé veut venir par representation, est necessaire.*
12. Idem jus *pour la succession de la mere.*
13. *Il faut aussi le consentement de tous les interessez.*
14. *C'est à dire, de ceux qui se trouvent les heritiers au temps du decez.*
15. *Arrests qui le jugent ainsi.*
16. *Que comme ces conditions font souvent manquer les legitimations, on a crû que dans l'usage elles estoient restées abolies.*
17. *Si l'on peut legitimer par Lettres* legitimis jam existentibus.
18. *Qu'il n'y a que le consentement des heritiers ordinaires qui soit requis.*
19. *Quand l'heritier presomptif ne seroit pas encore né lors de la legitimation, il peut consentir aprés.*
20. *Enterinement des Lettres, & où il se doit faire.*
21. *Que la condition des Lettres & de l'enregistrement suffit seule contre le fisc.*
22. *Que la legitimation par Lettres est beaucoup moins avantageuse dans ses effets, que celle* per subsequens.
23. *Que le legitimé par Lettres n'a point le droit d'aînesse contre des legitimes.*
24. *Que sa legitimation n'est jamais absoluë, mais toûjours conditionnelle.*
25. *Que par le droit le legitimé ne pouvoit estre preferé au legitime.*
26. *Si l'aîné des legitimes d'um mariage posterieur à la legitimation, n'a pas le droit d'aînesse sur l'aîné des legitimez par Lettres avant le mariage.*
27. *Si la Loy* Si unquam *revoque la legitimation par Lettres.*
28. *Si les legitimez par Lettres viennent sous le* mot *d'enfans legitimes dans les dispositions testamentaires.*
29. *Distinction si le testateur a sçû ou non, que l'institué avoit des legitimez par Lettres.*
30. *Si dans les Coutumes d'égalité, les legitimez par Lettres peuvent demander le rapport aux renonçans qui sont legitimes.*
31. *Conclusion pour la negative.*
32. *Si des filles legitimes & dotées sont excluses par des mâles legitimez par Lettres depuis la dotation.*
33. *Si par des legitimez avant la dotation.*
34. *De la legitimation par un acte authentique attesté de trois témoins.*

1. La premiere condition de cette legitimation est, qu'il faut avoir des Lettres du Prince.

POUR suivre le même ordre dans les legitimations par Lettres, que dans celles par mariage subsequent, il en faut examiner les conditions & les effets. Les conditions consistent, 1. à obtenir des Lettres du Prince : car de tout temps ç'a esté un des droits du Prince que de legitimer les bâtards. A Rome il redressoit seul les mariages défectueux, & en legitimoit les enfans, ce qui se voit par une dispense d'un mariage entre l'oncle & la niece, qui fut accordée par les Empereurs *Marcus* & *Lucius*, à une nommée *Flavia Tertulla*, inserée en la Loy 57. *de ritu nupt.* où

ces

ces Empereurs rehabilitent ce mariage, & legitiment les enfans déja nez. L'Authentique *Praterea C. de natur. lib.* fait aussi mention d'une autre legitimation accordée par le Prince à des bâtards. Mais sans des circonstances particulieres, comme celles qui se trouvoient dans l'espece de cette Loy 57. *de ritu nupt.* la legitimation que le Prince accordoit aux enfans nez d'une conjonction illicite, ne les rendoit pas capables de succeder; mais seulement de posseder des honneurs & des dignitez : car ils estoient si fort en horreur, que le Droit leur refusoit des alimens; Authent. *Ex complexu C. de incestis*, ce que l'équité naturelle a fait corriger dans le Droit Canon & dans nôtre Jurisprudence. *Voyez* le nombre 6.

2. Qu'à Rome les enfans *ex nefario coitu*, ne pouvoient estre legitimez à l'effet de succeder.

Il y a encore une difference remarquable entre nôtre Droit & le Droit Romain, que la legitimation par Lettres n'avoit lieu dans le Droit Romain, que quand le pere ne pouvoit pas épouser sa concubine; suivant l'Authent. *quib. mod. nat. cap. 2.* ce qui n'a point lieu dans nôtre Jurisprudence.

3. Que la legitimation du Prince n'avoit lieu que quand on ne pouvoit legitimer *per subsequens*.

Enfin il faut estre averti, que sur le fondement de quelques Arrests mal entendus, on a prétendu depuis peu, que l'usage des legitimations par Lettres à l'effet de succeder estoit aboli, comme contraire en quelque façon à l'honnêteté publique, qui veut, qu'un pere corrige ses fautes par un mariage, quand il veut reparer le défaut de la naissance de ses enfans naturels, & que ces legitimations n'avoient pas même lieu subsidiairement, comme dans le Droit Romain, & dans les cas où le pere ne peut pas épouser sa concubine.

4. Que quelques uns pretendent que l'usage des legitimations par Lettres est aboli.

Cependant je trouve d'un côté, que le droit du Roy de pouvoir legitimer par ses Lettres à l'effet de succeder *de consensu eorum quorum interest*, est établi par un ancien Arrest de l'an 1393. rendu au profit de Charles d'Espagne; fils naturel de Charles d'Espagne, & legitimé par Lettres, contre la Dame de Narbonne, par lequel les biens de ce Charles d'Espagne pere, furent ajugez à ce Charles fils legitimé par Lettres; & cet ancien Arrest est rapporté par Maistre Jean le Cocq qu. 168. par Papon liv. 21. tit. 3. des Success. des Bât. Arr. 11. par Monsieur Benoist *cap. Raynutius, verb. & uxorem nomine Adelasiam n. 186.* & par Bacq. du Dr. de Bât. part. 2. ch. 12. n. 2. De même ce Droit est reconnu par le Pape Innocent III. dans le fameux Chap. *Per venerabilem 13. extra qui filii sint legitimi*, quoiqu'il y insinue certains mots pour l'attribuer, au moins incidemment, aux Papes. Je le trouve encore dans les Privileges de ce Royaume, recueillis par *Feraldus Privil. 15.* dans Monsieur Benoist à l'endroit qui vient d'estre cité, dans Aufrerius, ch. 44. dans Monsieur Boyer decis. 122. dans les Instituts de Loysel, liv. 1. regle 45. dans Monsieur d'Argentré sur l'art. 456. de l'ancienne Coûtume de Bretagne, dans Chass. sur celle de Bourgogne, tit. des Bât. §. 5. nomb. 40. Enfin je trouve plusieurs de nos Coûtumes qui font mention de ce Droit du Roy, comme celle de Sens, laquelle en l'art. 32. dit, *un bâtard ne peut succeder à pere ni à mere s'il n'est legitimé par le Roy ou par mariage subsequent*; celle d'Auxerre art. 34. & celle de Normandie, laquelle en l'article 147. dit, *si lesdits bâtards n'ont esté legitimez par octroi du Prince, enteriné, appellez ceux qui y doivent estre appellez*. Jusque-là que ç'a esté autrefois une question assez importante de sçavoir si les Ducs de Bretagne pouvoient exercer ce Droit dans leurs Etats; la plus commune opinion estant que ce Droit ne leur appartenoit point, & que c'estoit un privilege special de la Couronne. D'un autre côté je ne vois point que ce Droit ainsi établi aprés s'estre conservé pendant trois siecles entiers, ait jamais esté aboli par aucune Ordonnance, Edit, ou Declaration, non pas même qu'il y ait eu aucun Arrest de Reglement pour y donner atteinte. Je considere d'ailleurs qu'il y a des cas où l'interest des familles prestes à tomber, demande qu'il soit permis de legitimer un bâtard par Lettres à l'effet de succeder. Enfin, je reconnois même les sources de l'erreur de nos Arrestistes, qui nous ont voulu insinuer l'abolition de ce Droit, & je les marquerai au nomb. 16. Ainsi je conclus qu'il faut traiter la matiere suivant les anciennes regles, puisque je ne les vois point abrogées, & dire que quand on veut mettre en usage ce moyen de legitimer, il faut, pour premiere condition, obtenir des Lettres.

Secondement, il faut que les Lettres contiennent une clause précise qui rende les enfans capables de succeder; car autrement elles passent pour une simple dispense, à l'effet de posseder des honneurs & des dignitez : un Moderne ajoûte, & d'estre capable d'un legs universel de la part du pere naturel; mais je ne serois pas de cet avis.

5. La seconde condition est, que les Lettres contiennent une clause précise pour faire succeder.

En troisiéme lieu, il faut que les enfans soient nez d'un simple concubinage; car s'ils sont nez ou d'un adultere ou d'un inceste, ou de quelque autre conjonction illicite, les Lettres de legitimation ne les rendent pas capables de succeder. Argentré sur l'art. 456. de la Coutume de Bretagne, chap. 3. de la legitimation.

6. La troisiéme est, que les enfans soient nez d'un simple concubinage.

C'est ainsi qu'il faut expliquer la legitimation qui fut faite en 1635. des enfans du Duc de Bellegarde & de Leonarde Aubert, par Lettres verifiées en la Chambre des Comptes le 8. Juin de la même année. Il y en a des Arrests; un contre des enfans adulterins, du 8. Mars 1563. rapporté par Papon, liv. 21. tit. 3. Arr. 17. sur la fin. Plus un du 15. des Kal. d'Oct. 1575. le Roy Charles IX. tenant son lit de Justice, rapporté par Monsieur d'Argentré au lieu cy-dessus allegué, nomb. 4. & par Papon; plus un autre du 14. Aoust 1579. rapporté par Bacquet au lieu qui vient d'estre cité.

On peut demander si ces enfans nez d'une conjonction illicite pourroient au moins estre legitimez à l'effet de succeder du consentement des heritiers presomptifs ? Et il faut conclure pour la negative; parce qu'un consentement de cette sorte semble extorqué, & avoir esté presté par les parens, dans la juste apprehension que le pere, à leur refus, ne suivit d'autres voyes encore plus sûres, pour faire passer son bien à ses enfans; d'autant plus que c'est un principe incontestable que les prohibitions de donner ou de succeder, qui sont fondées sur un interest public, ne peuvent pas se lever par un simple consentement des heritiers presomptifs : ainsi un mari ne peut pas donner à sa femme du consentement des parens, ni un mineur à son tuteur. [☞ Ces enfans ainsi nez *ex nefario coitu*, ne pouvoient pas même estre instituez heritiers, ni faits legataires universels par le testament de leur pere naturel : la legitimation du Roy, qui les rend citoyens, & leve l'infamie de leur naissance, n'a pas la force de les aggreger dans la famille, dont ils sont l'opprobre, & tout consentement des parens sur ce sujet paroit extorqué.]

7. Si les enfans nez *ex nefario coitu* peuvent estre legitimez du consentement des heritiers.

Une quatriéme condition est, que les Lettres soient obtenuës & enterinées du consentement du pere, suivant l'Ordonnance de Henry III. verifiée en la Chambre des Comptes le 14. Novem-

8. Que les Lettres doivent estre obtenuës & enterinées

ou consentement du pere.

bre 1579. & s'il s'agit de quelqu'autre succession, il faut que celuy de la succession duquel il est question, y preste aussi son consentement; ce qui s'entend d'un consentement exprés & formel; en sorte qu'il a esté jugé par deux Arrests, l'un du mois de Juillet 1583. l'autre du 29. Novembre 1557. rapportez par M. Loüet en la lettre L. n. 7. qu'il ne suffisoit pas qu'un pere eût sollicité les Lettres, & eût écrit à son Procureur ordinaire pour en poursuivre l'enterinement. Tiraq, art. 1. tit. de la puissl. & admin. gl. 7. nomb. 25. & suiv.

9. Quid si le pere decede avant l'enregistrement des Lettres.

Ce consentement est si essentiel, que si le pere venoit à deceder avant l'enregistrement des Lettres, la clause de pouvoir succeder n'auroit pas d'effet, comme il a esté jugé par un Arrest du 22. Decembre 1584. qui est le 179. des Arrests de le Vest, & par un autre du 23. Juillet 1585. rapporté par Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 2. tit. 4. nomb. 15.

C'est ainsi que le pere, qui aprés avoir fait renoncer sa fille par son contrat de mariage, à sa succession future, decede avant la celebration du mariage, n'a rien fait pour l'exclusion de sa fille, qui ne laisse pas de venir à sa succession; parce que la mort de celuy dont dépend la validité d'un acte, survenant avant que cet acte ait reçû sa perfection, l'annulle, & reduit les choses sur le pied d'un simple projet sans execution.

10. Que les freres legitimez se succedent les uns aux autres sans autre consentement.

Il faut excepter de la regle qui vient d'estre posée, le cas de la succession reciproque de plusieurs freres enfans naturels d'un même pere & d'une même mere; car ils se succedent les uns aux autres en vertu de la legitimation obtenuë par le pere, & sans y avoir donné un consentement formel, parce que le titre de leur legitimation est celuy de cette succession reciproque qui a lieu entr'eux, ce qui arrive à l'*instar* d'une famille étrangere qui est naturalisée. Bacq. part. 2. du Droit de bât. chap. 13. nomb. 4.

11. Le consentement de celuy à la succession duquel le legitimé veut venir par representation, est necessaire.

Enfin, quoique le bâtard legitimé ne vienne que par representation à une succession, le consentement de celuy de la succession duquel il s'agit, n'en est pas moins necessaire dans sa legitimation, parce que qui vient par representation succede *jure suo*, à la difference de celuy qui vient par transmission.

12. Idem jus pour la succession de la mere.

Au surplus, ce qui est dit du consentement du pere, se doit appliquer à celuy de la mere, qui est necessaire pour rendre les enfans capables de luy succeder, si ce n'est dans le Parlement de Grenoble, au moins suivant cet ancien usage attesté par Monsieur d'Expilly, & dans les Coutumes de saint Omer & de Valenciennes, où l'enfant naturel succede à sa mere sans legitimation.

13. Il faut aussi le consentement de tous les interessez.

La cinquiéme condition est, que tous ceux qui ont interest à la legitimation, c'est à dire, les heritiers presomptifs, y consentent, selon la Loy 39. *ff. de adopt.* cette condition est fondée sur l'avis des Docteurs. Monsieur d'Argentré sur la Coutume de Bretagne, art. 456. chap. 5. n. 4. & 5. dit, *quod si plures eodem gradu sint, his tantum fit prejudicium qui consensere; sin cùm prior gradus consensisset evenit, ut secundus mortuo priore succederet; tempus spectandum est mortis ejus cui succeditur ad dijudicandum capacitatem aut interesse successoris, cæteri antè mortui sic habentur tanquam non nati, L. post, ff. de inoff. test.* & la raison de cela peut estre tirée de la doctrine de Maistre Charles du Molin sur l'art. 8. de la Coutume de Paris, *gl. 1, n. 13.* où il dit, que le Rescrit du Prince ne legitime jamais pleinement: *Nunquam conceditur in forma plena restitutionis natalium, sed potius dispensative saltem cum clausulis modificatoriis, & videlicet si sint aut super-*

14. C'est à dire, de ceux qui se trouvent les heritiers au temps du decés.

veniant legitimè nati non coæqueris iis, vel dummodò de eorumdem parentum vel heredum processerit voluntate: d'où il resulte que la legitimation ne recevant sa derniere perfection que du consentement des parens, elle ne peut jamais prejudicier à ceux qui n'ont point consenti. Enfin si un pere pouvoit legitimer seul & sans le consentement de sa famille, il disposeroit en cela de son bien souvent au delà de ce qui luy est permis par les Coutumes. Mais ce point de nôtre Jurisprudence est principalement établi par les Arrests qui ont ajugé les successions aux collateraux au préjudice des enfans legitimez par Lettres du Prince; parce que les collateraux n'avoient pas presté leur consentement à la legitimation. Il y en a un entr'autres rapporté par le Vest, chap. 95. & quoique cela soit contraire à l'avis de plusieurs autres de nos Auteurs, comme de Boërius, *decis. 122. n. 1.* de *Joann. Galli*, qu. 298. de Bacq. part. 2. du Droit de bât. chap. 12. n. 6. & qu'il y ait même quelque Arrest contraire dans Papon, liv. 21. tit. 3. art. 11. neanmoins l'on convient au Palais, qu'en cas que cette legitimation puisse donner la faculté de succeder en vertu d'une clause precise, ce ne peut estre que du consentement des interessez. Et comme on rejette souvent la clause de succeder par le défaut du consentement de ces interessez, quelques Auteurs modernes se sont imaginez que par le dernier usage on la rejettoit absolument, & cela, sous pretexte de quelques Arrests, qui ont esté compilez sans choix ni discernement quelconque. La Lande s'y est aussi trompé sur l'art. 310. de la Coutume d'Orleans: mais jusqu'à present il n'y a point eu d'Arrest de Reglement, qui ait declaré, que des Lettres de legitimation portant clause précise de pouvoir succeder, & obtenuës & enterinées du consentement du pere & de tous les interessez, ne dussent pas estre executées. Que si l'heritier presomptif a consenti à la legitimation par Lettres, & qu'au temps du decés il soit legataire universel, & renonce à la succession, le consentement vaudra pour les meubles & acquests; mais non pas pour faire succeder le legitimé aux propres, dans lesquels il y aura un autre heritier.

15. Arrests qui le jugent ainsi.

16. Que comme cette condition fait souvent manquer les legitimations, l'on a cru que dans l'usage, elles estoient rejettées absolues.

Enfin l'heritier de celuy qui ayant consenti à la legitimation, est decedé avant l'ouverture de la succession, lequel se trouve aussi l'heritier du pere naturel du bâtard legitimé, n'est point tenu à cet égard du fait du deffunt, comme il ne l'est point du fait du pere naturel, dont il se trouve aussi heritier lors de son decés, parce qu'en un mot, les legitimations par Lettres avec clause de succeder, ne sont pas favorables, & que ce consentement est un droit de la famille, auquel le pere naturel ne peut déroger au préjudice de ses heritiers.

16. Si l'on peut legitimer par Lettres legitimis jam existentibus.

Je ne pourrois pas estre de l'avis de quelques-uns qui ont cru, qu'y ayant des enfans legitimes, l'on ne pouvoit pas legitimer des bâtards par Lettres à l'effet de succeder: car quoiqu'en ce cas la legitimation soit moins favorable, neanmoins si elle se trouvoit faite du consentement des enfans legitimes, qui lors de cette legitimation eussent esté en âge de donner un consentement valable; je ne vois pas pourquoy la clause de succeder ainsi approuvée, ne pût pas s'executer, supposé qu'on ne trouve en cela aucun interest public, qui empêche que l'on ait égard au consentement des heritiers presomptifs, en quelque ligne & en quelque degré qu'ils puissent être. Quoiqu'à vray dire, cette condition manque si souvent par les predecés qui arrivent, que l'on

peut dire qu'ordinairement elle rend la clause de succeder absolument inutile.

18. Qu'il n'y a que le consentement des heritiers ordinaires qui soit requis.

Il y a encore neanmoins une exception, que quand on dit que le consentement des heritiers est necessaire, cela s'entend des heritiers ordinaires, lesquels succederoient sans la legitimation; mais non d'un heritier extraordinaire, comme d'un mary ou d'une femme qui vient par le titre *unde vir & uxor*, Covarr. *de matrim. cap. 8. §. 10.*

19. Quand l'heritier presomptif ne seroit pas encore né lors de la legitimation, il peut consentir aprés.

Enfin le consentement des interessez ne peut pas toûjours estre presté lors de la legitimation: car souvent l'heritier presomptif n'est pas encore au monde en ce temps; c'est pourquoy à la difference de celuy du pere qui doit toûjours preceder ou accompagner, il suffit qu'il soit donné posterieurement à la legitimation: de même que dans une donation universelle, il suffit d'insinuer dans les quatre mois, à compter du jour de l'acquisition des biens acquis depuis la donation.

20. Enterinement des Lettres, & où il se doit faire.

La sixiéme condition est, que les Lettres soient enterinées en la Chambre des Comptes pour l'interest du Roy. *Bened. in cap. Raynut. in verb. uxorem nomine Adelas. decis. 5. n. 150.* Mais elles doivent estre enterinées en la Jurisdiction ordinaire pour l'interest des successions: car l'enterinement & l'omologation de la Chambre des Comptes ne suffiroit pas pour faire valider la clause qui donne le droit au legitimé de pouvoir succeder; & souvent Messieurs les Gens du Roy ont interjetté appel de pareils enregistremens faits en la Chambre, & soûtenu qu'elle n'avoit point droit de connoître de ce qui concerne l'état & les biens & interests des familles, & qu'elle n'étoit Juge que de la ligne de compte.

21. Que la condition des Lettres & de l'enregistrement suffit seule contre le fisc.

Enfin cette condition de l'enregistrement est si essentielle, qu'elle suffit presque contre le fisc au défaut des autres, qui viennent d'estre dites; & c'est assez, à l'égard du fisc, que le bâtard ait obtenu des Lettres de legitimation à l'effet de succeder, & qu'il les ait fait enteriner.

22. Que la legitimation par Lettres est beaucoup moins avantageuse dans ses effets que celle *per subsequens*.

Il reste d'examiner les effets de la legitimation par Lettres, & l'on peut dire d'abord qu'ils sont beaucoup moins avantageux que ceux de la legitimation par mariage subsequent. Car en premier lieu, le legitimé par Lettres, quoique dans les formes qui viennent d'estre dites, & du consentement de tous les interessez, n'a point le droit d'aînesse au préjudice des enfans legitimes, par deux raisons. La premiere, que la legitimation par Lettres n'opere point une restitution si absoluë, que celuy qui est legitimé de cette maniere, puisse estre dit legitimement né, ou le premier né entre les enfans legitimes; au contraire, un legitime, en quelque temps qu'il soit né, le precede toûjours en ordre de legitimation naturelle & originaire; comme dit Maistre Charles du Molin sur l'art. 8. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 47.

23. Que le legitimé par Lettres n'a point le droit d'aînesse contre des legitimes.

24. Que sa legitimation n'est pas absoluë, mais sous condition.

La seconde, que cette preference seroit injuste, & est même reprouvée par le Droit; l'Authent. *quib. mod. nat. effic. sui*, disant en cas semblable & en parlant du legitimé, *per oblationem curiæ: Nihil legitimis dissimulas, ita tamen ut non amplius habeat uno eorum qui ab initio legitimi sunt & inter omnes minus habente:* Or il est à remarquer, que cette legitimation estoit la seule, outre celle qui se faisoit par le mariage subsequent, lorsqu'il y avoit déja des enfans legitimes. Et selon le dernier Droit, le Prince ne pouvoit pas legitimer des enfans naturels d'une Maison dont il y en avoit de legitimes, puisque le §. *Si quis ergo* de cette même Novelle, dit, *Si quis ergo legitimos filios non habens, sed tantummodò naturales, ipsos quidem legitimos facere voluerit*, & plus bas; *omnino enim legitimis existentibus, deinde naturalibus provenientibus nequaquam jus legitimorum eis adjicitur, nisi omnino aut per curiam aut per nostras Constitutiones quæ dotalium instrumentorum introduxerunt modum.* Et supposé que le consentement des interessez autorise parmi nous ces sortes de legitimations, lorsqu'il y a des enfans legitimes, cette legitimation ne doit pas avoir plus d'effet que cette legitimation *per oblationem curiæ*, qui étoit la seule qui legitimât, *legitimis jam existentibus.* Outre que difficilement pourroit-on presumer, que les interessez eussent donné les mains à une preference si injuste, & eussent consenti que des legitimez non seulement pussent venir concurremment avec eux; mais eussent sur eux les prerogatives du droit d'aînesse en directe, & en collaterale celle des mâles. Aussi Michel Grass. tit. des Success. *ab int.* qu. 19. nomb. 12. aprés avoir rapporté les sentimens des Docteurs, dit que cette opinion est la plus commune, comme elle est la plus conforme à l'équité naturelle. C'est aussi l'opinion de Paul de Castres sur la Loy *Cum acutissimi n. 3. C. de fideic.* en son conseil 180. liv. 1. *& consil. 212. lib. 2.* & de Tiraq. sur la Loy *Si unquam, in verb. susceperit liberos n. 98.*

25. Que par le Droit le legitimé ne pouvoit être preferé au legitime.

26. Si l'aîné des legitimes d'un mariage posterieur à la legitimation, n'a pas le droit d'aînesse sur l'aîné des legitimez par Lettres avant le mariage.

Ainsi je ne ferois pas tant consister la difficulté à sçavoir si le legitimé devroit avoir le droit d'aînesse au préjudice d'autres enfans qui sont nez legitimes; mais à sçavoir si l'aîné des enfans qui sont nez d'un mariage contracté depuis cette legitimation par Lettres, avec une autre personne que la concubine, ne doit pas avoir le droit d'aînesse sur l'aîné de ceux qui ont esté legitimez? Et j'estime qu'il faut conclure pour l'affirmative, & qu'en cela la legitimation par Lettres differe de celle qui se fait par mariage subsequent; parce que la legitimation par Lettres n'a point d'effet retroactif au jour de la naissance, dautant qu'elle n'apporte pas à la naissance des enfans naturels, le remede qui la pouvoit rendre legitime au commencement, comme fait le mariage subsequent: d'ailleurs cette legitimation par Lettres n'estant jamais absoluë, mais estant toûjours faite sous quelque condition, comme celle du consentement des interessez; il seroit difficile de s'imaginer que les enfans legitimes, dont le consentement est requis pour la legitimation, en quelque temps qu'ils soient nez, eussent voulu consentir à un partage égal, & renoncer à un droit d'aînesse, personne n'étant presumé vouloir renoncer à un droit acquis; *est enim majoris momenti quam ut actibus tacitis colligi ista renunciatio possit*, dit Monsieur Dargentré. En quoy, encore un coup, on reconnoist parfaitement la difference essentielle de ces deux legitimations; l'une, qui est la legitimation par mariage subsequent, estant pleine & absoluë, & se faisant de plein droit; l'autre, qui est la legitimation par Lettres, estant conditionnée & dépendante du suffrage d'autruy, qui en est la regle. Aussi Maistre Charles du Molin sur le §. *8. gl. 1. n. 54.* a conclu en ce cas pour l'aîné des enfans legitimes, quoique nez d'un mariage posterieur à la legitimation par Lettres, appuyant neanmoins son avis sur quelques autres moyens qui iroient à restraindre aussi l'effet de la legitimation par mariage subsequent; ce qui sera examiné dans le Chap. de la success. des Fiefs, Sect. 1.

27. Si la Loy *si unquam* revoque la legi-

Monsieur Tiraqueau sur la Loy *Si unquam C. de revoc. in verb. donatione largitus*, va bien plus loin; car il prétend qu'en vertu de cette Loy la

timation par Lettres. naissance de l'enfant legitime revoque la legitimation par Lettres du fils naturel. Ce qui est vray en quelque façon, & en tant que le consentement des enfans legitimes, quoique nez depuis la legitimation par Lettres des enfans naturels, estant requis, & devant confirmer la legitimation, sans quoy elle demeure nulle, il est au pouvoir de ces enfans legitimes de revoquer tout ce qui a esté fait par le pere commun, en refusant leur suffrage & leur consentement.

28. Si les legitimez par Lettres viennent sous le mot d'*enfans* legitimes dans les testamens. En second lieu, les legitimez par Lettres ne sont pas toûjours appellez sous le titre d'enfans legitimes dans les dispositions qui sont faites par ceux qui n'ont point consenti à la legitimation; c'est pourquoy si un testateur a substitué en cas que l'institué meure sans enfans legitimes, c'est une question si des legitimez par Lettres font cesser la condition, & il y en a qui concluent indéfiniment pour la negative, & entr'autres François Curt. en son conseil 15. 35. & 73.

J'estime qu'en cela il faut examiner les circonstances, suivant ce qui nous est enseigné par Ulpien en la Loy *Ex facto 17. §. si quis rogatus 4. ff. ad Senat. Trebell.* au sujet de la question de sçavoir si les enfans naturels font cesser la condition *si sine liberis decesserit*; où aprés avoir rapporté l'opinion de Papinien, qui estimoit indistinctement qu'ils faisoient cesser la condition, il dit, *mihi autem quoad naturales liberos attinet voluntatis quæstio videbitur esse de qualibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate & voluntate & ex conditione ejus qui fideicommisit, accipiendum erit.*

29. Distinction si le testateur a sçû, ou non, que l'institué avoit des legitimez par Lettres. La principale regle sur laquelle on se doit déterminer est, que le testateur qui sçait que l'institué a fait legitimer des enfans naturels par un Rescrit du Prince, est presumé les avoir compris dans sa disposition, & avoir voulu qu'ils fissent cesser le fideicommis, à moins qu'il n'apparoisse du contraire; c'est pourquoy si le fideicommis est posterieur à la legitimation, & qu'il y ait apparence que le testateur ne l'ait pas ignorée, il faut conclure que les enfans legitimez doivent estre preferez au substitué, parce que le testateur sçachant la legitimation, auroit employé d'autres termes dans sa disposition, s'il avoit eu dessein d'exclure les legitimez, & auroit substitué au cas que l'institué decedât sans enfans nez en legitime mariage, ou même auroit exclus disertement les legitimez, se pouvant bien douter que les enfans legitimez sont reputez legitimes, comme il paroist par les termes du chap. 2. de la Nov. 74. *quib. mod. natur. effic. legit.* où il est dit, *filios suos restituere naturæ & antiquæ ingenuitati & legitimorum juri, ut sub potestate ejus consistant nihil à legitimis filiis differentes.* A plus forte raison, si le testateur avoit consenti luy-même à la legitimation; car en ce cas il seroit sans difficulté que les legitimes feroient cesser la substitution, selon ce que dit Tiraq. sur la Loy *Si unquam C. de revoc. n. 20. vers. & similiter.*

Que si la legitimation n'estoit pas encore faite, & que les Lettres ayent esté obtenuës depuis le decés du testateur, en ce cas les enfans legitimez par Lettres ne feront point cesser le fideicommis; parce que l'on interprete les Rescrits du Prince, en telle sorte qu'ils ne portent préjudice à personne. *L. 2. §. si quis à Principe ff. ne quid in loco pub.* & que le substitué a dés lors une esperance legitime & un droit au fideicommis. Outre que s'agissant de la presomption de la volonté du testateur, il faut conclure, ou qu'il n'a pas entendu parler des enfans naturels du testateur, lesquels il ne connoissoit peut-estre pas; ou qu'il a plûtost voulu les exclure que les admettre, lorsqu'il a fait mention d'enfans legitimes, sçachant qu'ils n'étoient pas legitimez.

L'on peut encore demander si dans les Coutumes où il n'est pas permis à un pere d'avantager un de ses enfans plus que l'autre, des bâtards legitimez par Lettres à l'effet de succeder du consentement des legitimes, peuvent contester des donations qui ont esté faites à ces enfans legitimes avant la legitimation par eux consentie sans aucune reserve ni protestation, & s'ils peuvent obliger ces enfans legitimes au rapport, nonobstant leur renonciation; ce que l'on peut proposer, par exemple, pour la Coutume du Maine. Et il est déja constant que les legitimes venant à la succession seront obligez au rapport; mais il semble qu'en cas qu'ils renoncent, il seroit dur de les obliger au rapport en faveur des enfans legitimez, qui n'ont aucun droit à la succession du pere, que par le consentement, lequel ils ont prêté à leur legitimation. 30. Si dans les Coutumes d'égalité les legitimez par Lettres peuvent demander le rapport aux renonçans.

Pour dire mon avis sur cette question, j'estime qu'il faut conclure pour la negative, par deux raisons. La premiere, qu'au temps de la legitimation les enfans legitimes avoient un droit acquis entr'eux de se pouvoir tenir à leurs donations, en renonçant chacun à son égard; la plus commune opinion estant que dans ces Coutumes il n'y a point de rapport forcé entre les renonçans. Or personne n'est presumé avoir voulu renoncer à un droit déja acquis, & il en faut en ce cas un desistement précis & formel; & c'est la raison pour laquelle il vient d'estre dit, que des enfans ainsi legitimez n'avoient jamais le droit d'aînesse au préjudice des legitimes, qui avoient dû consentir à leur legitimation. 31. Conclusion pour la negative.

La seconde raison est, que la legitimation par Lettres à l'effet de succeder, n'est pas favorable, à quoy il faut ajouter que même la coutume du rapport par les renonçans au profit des heritiers est aussi peu favorable; parce qu'elle tend à évincer & revoquer des constitutions dotales, sans lesquelles bien souvent les mariages n'auroient pas esté faits, comme il est dit en la Loy derniere au *§. 1. ff. quæ in fraudem.* Ainsi j'estime que le consentement que les enfans legitimes ont prêté à l'enterinement des Lettres de legitimation portant clause de succeder, se doit expliquer de telle maniere, que ce soit sans préjudice du droit qui leur a esté acquis aux termes de leurs donations, ausquelles il leur sera permis de se tenir en renonçant à la succession, laquelle en ce cas appartiendra toute entiere aux legitimez par Lettres, sans qu'ils puissent obliger les legitimes au rapport, si ce n'est qu'ils ne se portent aussi heritiers.

De même dans les Coutumes où il est dit, que la fille qui a esté dotée par son contrat de mariage, ne peut venir à la succession, tant qu'il y a des mâles, les mâles legitimez par Lettres depuis la dotation de la fille & de son consentement, n'empêchent point qu'elle ne vienne à la succession, parce que n'estant excluse qu'en faveur des enfans legitimes du sexe masculin, on n'a pas pû legitimer des mâles à son préjudice. C'est ce que dit Maistre Charles du Molin sur l'art. 48. de la Coutume du Comté de Bourgogne, qui porte une semblable disposition: *Secus ergo de legitimitatis, quia non possunt legitimari in præjudicium hujus exclusionis limitatæ, sive consuetudinariæ seu conventæ.* 32. Si les filles dotées sont excluses par des mâles legitimez aprés la dotation.

Que si la legitimation par Lettres avoit esté faite avant la dotation, & du consentement de la fille, il semble que lors de ce consentement & de sa dotation, elle a dû prévoir son exclusion, 33. Si par des mâles legitimez avant la dotation.

que les parens l'ont aussi prévûë, & qu'ainsi le legitimé la peut prétendre. Cependant j'estimerois en ce cas-là même, qu'il n'y auroit point d'exclusion de la fille dotée, parce que le legitimé ne succede que par son consentement, & qu'elle n'a pas presupposé en l'admettant en participation des esperances d'une succession future, se donner indirectement l'exclusion à elle-même.

34. De la legitimation par un acte authentique attesté de trois témoins.

L'on a douté autrefois si une espece de legitimation qui estoit pratiquée dans le Droit Romain, avoit lieu parmi nous, qui est celle qui se faisoit par un acte authentique attesté de trois témoins, où le pere declaroit que tels & tels estoient ses enfans, sans ajouter *naturels*: de laquelle il est fait mention en l'Auth. *Si quis liberos C. de natur. lib.* Ce que l'on a prétendu devoir estre observé lorsqu'un pere avoit marié son enfant naturel comme son fils & heritier, sans dire qu'il fût son fils naturel, & Maistre Anne Robert liv. 2. chap. 18. rapporte un Arrest du 28. Juillet 1598. dans cette espece, qu'un pere qui avoit un fils legitime & un bâtard, avoit marié le bâtard comme son fils naturel & legitime, ayant fait même assister au contrat de mariage un sien frere qui y avoit pris la qualité d'oncle du marié. Cependant aprés la mort du pere, ce même oncle en qualité de tuteur du fils legitime, contesta la succession aux enfans du bâtard, & l'Arrest en appointant les parties au principal, ordonna que par maniere de provision partage seroit fait suivant la Coutume des lieux. Il y en a un contraire dans Bacquet part. 2. du Droit de Bât. chap. 12. nomb. 16. & tous nos Auteurs conviennent qu'une declaration de cette sorte ne fait point parmi nous une legitimation; mais qu'elle produit des dommages & interests considerables, & qui doivent approcher de bien prés la part que l'enfant auroit eu en la succession. Au surplus nous n'avons que deux sortes de legitimations; celle qui se fait par mariage subsequent, & celle qui se fait par Lettres. Les declarations des parens, si authentiques qu'elles puissent estre, ne suffisent point pour legitimer.

SECTION II.

Des Religieux, & qu'ils ne peuvent succeder.

SOMMAIRE.

1. *Si les Religieux succedent, & la disposition de l'un & de l'autre Droit sur ce sujet.*
2. *Conditions de la profession en Religion.*
3. *De celuy qui fait ses vœux avant 16. ans.*
4. *Que le Religieux fait Evêque ne succede pas.*
5. *Six cas ausquels on peut succeder à celuy qui ne peut pas succeder.*
6. *Le legitimé sans le consentement de quelques parens, ne leur succede pas, quoiqu'ils luy succedent.*
7. *Le Religieux fait Evêque.*
8. *Le Jesuite congedié de sa Maison aprés les deux ans.*
9. *Le condamné au bannissement perpetuel.*
10. *Le fils putatif.*
11. *Le conjoint en bonne foy au respect du conjoint en mauvaise foy.*
12. *L'Hermite succede.*
13. *Les Jesuites ne succedent pas.*
14. *Les Filles du Tiers Ordre succedent.*
15. *Les Chevaliers de Malthe ne succedent plus aprés leur dernier vœu.*
16. *Ils ont droit de demander des pensions, jusqu'à ce qu'ils ayent des Commanderies.*
17. *De leur rançon.*
18. *De leur origine & de leur progrés.*

1. Si les Religieux succedent, & la disposition de l'un & de l'autre Droit sur ce sujet.

Il est certain que dans le Droit les Religieux succedoient à leurs parens, ce qui se voit dans la Loy *Deo nobis §. hoc etiam C. de Episc. & Cler.* & qu'aprés leur profession ils ne laissoient pas de disposer de leur bien suivant la Loy *Generali 13. C. de Sacros. Eccles.* Ce qui est corrigé par l'Authentique *Ingressi* & l'Authentique *Si qua mulier.* Selon lesquelles les Religieux se dévoüant entierement à Dieu, leur Monastere succede à leurs droits. Mais dans nostre usage nous comparons la mort civile du Religieux, dont l'Authentique *Ingressi* semble convenir, à la mort naturelle, vû qu'en plusieurs endroits le Droit compare l'une à l'autre, comme au *§. cum autem 1. Instit. quib. mod. jus patr. potest. solv.* & en la Loy 4. *qui satis dare cogantur.* Ainsi le Religieux ne succede point en France ni son Convent en sa place, de peur que tous les biens des familles du Royaume ne passent insensiblement dans les mains des Moines, dont ils ne sortent jamais. Ce que Maistre Charles du Molin sur la qu. 122. de *Joann. Galli*, dit avoir lieu aussi bien en païs de Droit écrit, qu'en païs Coutumier. Aussi la glose de la Pragm. au titre *de Collat.* sur ces mots *quoad dictas*, dit qu'en ce Royaume on a rendu perpetuels les Benefices Reguliers, pour recompenser nos Religieux de ce qu'ils ne succedent point à leurs parens. Cette Coutume semble venir des Grecs, chez lesquels l'on ne recevoit plus dans le commerce des hommes, ceux dont les funerailles avoient esté faites; & cela estant arrivé à Aristinus, l'Oracle luy répondit que puisqu'il estoit rentré dans le sein de sa mere, il falloit qu'il se soûmist à une nouvelle éducation. Au surplus nostre usage est fondé dans la disposition de l'Ordonnance, comme il paroist par l'Edit du Roy François I. de l'an 1532. qui porte, que les Moines qui auront fait profession expresse ou tacite ne pourront succeder, dans l'art. 28. de l'Ordonnance de Blois de l'an 1579. & dans l'art. 9. de l'Ordonnance de 1629. Mais il faut que la profession ait esté faite solemnellement, que le Profez ait eu au moins 16. ans accomplis, & qu'il ait fait auparavant une année de probation; autrement sa profession estant nulle, & n'ayant pas empêché qu'il n'ait recueilli les successions qui luy sont échûës, il en peut disposer, dit cet article 28. de l'Ordonnance de Blois, dans les trois mois du jour qu'il aura atteint l'âge de 16 ans. Ce que l'Ordonnance dit, supposé qu'il ne reclame pas contre ses vœux; car il est certain que ceux qui ont fait profession en Religion avant 16. ans peuvent estre restituez, & qu'en ce cas ils joüissent & disposent de tous leurs biens comme s'ils n'estoient jamais

2. Conditions de la Profession en Religion.

3. De celuy qui fait ses vœux avant seize ans.

entrez en Religion. Ce qui a esté recemment jugé par un Arrest du 16. Juillet 1682. par lequel la Cour a declaré Maistre François le Jariel capable des effets civils, ce sont les termes de l'Arrest, nonobstant sa Profession dans le Monastere de la Coûture du Mans, par luy faite avant l'âge de 16. ans, & a renouvellé les défenses portées par les anciennes Ordonnances à tous Superieurs Reguliers de recevoir aucunes personnes à Profession, qu'elles n'ayent atteint l'âge de 16. ans. Que si nonobstant la nullité de leurs vœux, ils veulent s'en tenir à ce qu'ils ont fait, l'Ordonnance leur donne la faculté de disposer de leurs biens pendant trois mois seulement, afin que l'état des familles ne demeure pas dans une incertitude perpetuelle.

4. Que le Religieux fait Evêque ne succede pas.

La Profession en Religion estant solemnelle & conforme à l'Ordonnance de Blois, rien ne peut plus rendre le Profez capable de succeder, & au cas qu'il soit élevé à la dignité de l'episcopat, ses parens luy succedent, quant aux biens qu'il a acquis depuis qu'il est fait Evêque; mais il ne succede pas à ses parens. Ce qui a esté jugé contre l'Evêque de Rieux, qui estoit de la Maison d'Atichy, par Arrest du Mardy 11. May 1638.

5. Six Cas ausquels on peut succeder à celuy qui ne peut pas succeder.

Ainsi nous avons plusieurs cas dans nôtre Jurisprudence, où l'on succede à celuy qui ne pourroit pas succeder luy-même, & où cette regle *si vis mihi succedere, fac ut tibi succedere possim*, n'a pas lieu.

6. Le legitimé sans le consentement de quelques parens, ne leur succede pas, quoiqu'ils luy succedent.

Le premier est, lorsque quelqu'un a esté legitimé par Lettres du Prince à l'effet de succeder, auquel cas les parens qui n'ont pas consenti à la legitimation luy succedent, quoiqu'il ne leur succede pas, suivant ce qui a esté expliqué en ce même Chapitre Sect. 1. Dist. 2.

7. Le Religieux fait Evêque.

Le second est celuy dont il s'agit, où un Religieux fait Evêque ne pouvant succeder à sa famille, elle ne laisse pas de luy succeder; *habent succedendi facultatem passivam non activam.* Et en cela nous ne suivons pas la disposition du Canon *statutum 18. qu. 1.* qui dit, *Monachus quem canonica electio à jugo regulæ & monasticæ professionis absolvit & sacra ordinatio de Monacho Episcopum facit, velut legitimus heres paternam sibi hereditatem vendicandi potestatem habeat.* ☞ De même un Abbé Commendataire succede au pecule de son Religieux, Loüet let. R. nomb. 42. Fevret liv. 2. ch. 5. nomb. 26. quoique les Religieux ne luy succedent pas; mais sa famille.]

8. Le Jesuite congedié de sa Maison aprés deux ans.

Le troisiéme est à l'égard d'un Jesuite qui ayant esté congedié de sa Maison aprés deux ans, acquiert des biens dans le siecle, lesquels on ajuge en ce cas aux parens & non au Seigneur Haut-Justicier, comme l'on a fait par Arrest rendu en 1671. le 12. May, qui fut prononcé en 1674. le 9. Avril, pourvû qu'il n'en ait pas disposé.

9. Le condamné au bannissement perpetuel.

Le quatriéme est, lorsqu'un condamné au bannissement perpetuel, fait des acquisitions depuis son bannissement.

10. Le fils putatif.

Le cinquiéme est, lorsqu'un fils succede à son pere putatif, lequel est en mauvaise foy; quoique son pere, ainsi en mauvaise foy, ne luy succederoit pas, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 128. de la Coutume de Paris nomb. 1.

11. Le conjoint en bonne foy au respect du conjoint en mauvaise foy.

Le sixiéme est, que dans le même cas d'un mariage putatif, au défaut de parens, le conjoint en bonne foy succede au conjoint en mauvaise foy, en vertu du titre *unde vir & uxor*, quoique le conjoint en mauvaise foy ne luy succederoit pas.

12. L'Hermite succede.

L'Hermite proprement dit, qui est le veritable Anachorete, ayant pour regle perpetuelle le silence & la solitude, mais ne faisant point de vœux, selon Panorme sur le Chapitre *nullus de foro compet.* n'est point regulierement incapable de succeder, quoique quelquefois on le declare non recevable aprés un trés-long-temps à demander des successions, comme il fut jugé contre le nommé de la Noüe reclus du Mont Valerien, par deux Arrests, l'un du 17. Février 1633. l'autre du 30. Juillet 1637. qui ont esté rapportez au Chap. precedent, Sect. 3.

13. Les Jesuites ne succedent pas.

Les Jesuites aprés leurs vœux simples sont entierement incapables de succeder, & ce qu'ils appellent vœux simples, sont des vœux suffisans pour leur famille & pour le public, pour la sûreté desquels l'on juge à present que depuis ces premiers vœux, lesquels ils font aprés les deux années, ils sont reputez morts civilement, en sorte qu'ils ne succedent plus & on leur succede: Ainsi l'on n'attend plus les cinq années dont il est fait mention dans l'Edit de leur rétablissement, ni ce dernier vœu d'une soûmission particuliere aux Ordres & Missions du Pape, par lequel ils acquierent le titre de Coadjuteurs formez. Enfin les Bulles qui permettent à leurs Generaux de les renvoyer avant le dernier vœu, ne produisent point d'autre effet de les relever de l'apostasie.

Il y a pour cela l'Arrest de Begar du 30. Janvier 1631. l'Arrest de la Noue, & plusieurs autres.

14. Les filles du Tiers Ordre succedent.

Au contraire les Filles du Tiers-Ordre de saint François ne faisant point de vœu de clôture perpetuelle, mais s'obligeant seulement à un certain genre de vie, pendant qu'elles voudront rester dans la Maison, ont esté jugées capables de successions par Arrest prononcé en robes rouges l'an 1578. vulgairement appellé l'Arrest de Clerambaut.

15. Les Chevaliers de Malthe ne succedent plus aprés leur dernier vœu.

A l'égard des Chevaliers de Malthe, ils ne succedent point aprés leur dernier vœu, quand ils l'ont fait avant que la succession de leur pere ou de leur mere soit échûë; & quand ils ont obtenu des Brefs à l'effet de succeder, l'on a reçû les Generaux de l'Ordre appellans comme d'abus de leur execution. *Voyez* Monsieur Loüet lettre E. nomb. 8. Que si leurs parens ignorans de leurs droits les ont reçûs à partage aprés leurs vœux, en ce cas on leur laisse quelquefois leurs portions hereditaires en usufruit par forme de simples pensions avec défenses d'aliener. Bouchel & Joly liv. 2. ch. 54. Que s'ils ont succedé à quelqu'un avant leurs vœux, en ce cas il y a ouverture de succession pour leurs portions hereditaires, & principalement à l'égard des immeubles qui les composent, & on ne leur permet pas même d'en conserver l'usufruit, comme il se voit dans l'Arrest du Journal des Audiences du 11. Janvier 1629.

16. Ils ont droit de demander des pensions jusques à ce qu'ils ayent des Commanderies.

Ils ne laissent pas de pouvoir demander des pensions à leur famille, & c'est une espece de legitime à l'*instar* de celle qui est dûë dans le Droit aux Religieux Profez, les Arrests en sont alleguez par Monsieur Loüet lettre C. nomb. 18. Souvent aussi pour les avoir plus fortes, ils attendent à faire leur vœu aprés la mort de leurs parens. Mais quand ils ont une fois des Commanderies, ils ne peuvent plus demander de pensions, selon l'Arrest du 18. Aoust 1588. & de ce jour on cesse de leur payer celles qu'on leur faisoit auparavant. Loüet *ibid.* Principalement s'ils les ont obtenuës à leur tour de Chevalier; car ils prétendent les devoir conserver, quand ce sont des Commanderies de grace, parce qu'ils ne les obtiennent qu'à la charge d'équipper une Galere, & sous des conditions fort onereuses. Cependant les Arrests n'ont point encore marqué cette distinction, & leur ont toûjours ajugé des pen-

sions jusques à ce qu'ils eussent obtenu des Commanderies, sans specifier si elles devoient estre de grace ou autrement. Labbé sur Berry tit. 15. art. 36. Brodeau lettre C. nomb. 8. & l'on voit dans le Journal des Audiences tom. 1. liv. 2. chap. 30. que le Chevalier d'Anglure demandant qu'il luy fût permis de conserver les biens qui luy estoient échus par successions, jusqu'à ce qu'il eût obtenu une Commanderie, ou qu'il fût nourri par l'Ordre, ne distinguoit point entre la Commanderie de tour & celle de grace.

17. De leur rançon. Aussi quand ils sont faits Captifs, ils ont une espece de legitime pour se faire racheter par leurs parens, car l'Ordre ne les rachete jamais. C'est l'espece de l'Arrest de Vinceguerre rapporté par Maistre Julien Brodeau en la lettre C. nomb. 8. art. 2. Enfin lorsqu'ils meurent *ab intestat*, c'est l'Ordre, & non point leur Famille qui leur succede, & ils ne peuvent tester de leur pecule qu'avec la permission du Grand Maistre. Pap. liv. 1. tit. 11. art. 5.

18. De leur origine & de leur progrés. Voilà ce que nôtre Droit a établi touchant ces Religieux Soldats, qui font les trois vœux ordinaires de chasteté, d'obedience & de pauvreté. Ce dernier ne leur défendant pas de joüir par usufruit ou par forme de pension; mais bien de se rien approprier. Au reste, l'on sçait qu'ils sont les seuls Religieux, qui ayent droit de porter les armes sans encourir l'irregularité : mais comme dit Cassiodore, *arma ista juris sunt, non furoris.* En effet, cette sainte Milice est établie pour le repos & la seureté de la Republique Chretienne. Dans leur origine ces Chevaliers estoient, s'il faut ainsi dire, une Compagnie d'Ordonnance, dont l'emploi estoit de servir d'escorte aux Chrétiens d'Occident qui entreprenoient le voyage de la Terre-Sainte, & cette Compagnie se forma en la ville d'Anaphie en Lombardie. Ils se firent une regle sous Godefroy de Boüillon, & le fameux Gerard fut leur premier Grand Maistre. Enfin ces illustres Heros, de ces petits, mais de ces saints commencemens, passèrent à de plus hautes entreprises; ils se chargerent contre Saladin de la protection de la Religion Chrétienne, & ils sont comptez aujourd'huy pour estre de ses principaux Défenseurs : mais tout cela se fait sous le titre d'une religieuse Milice, & ces fameux Athletes, qui s'exercent toute leur vie contre les ennemis de la Foy, & qui entretiennent contre eux une guerre, qui semble aussi naturelle que celle des Elemens, parce qu'elle est sans fin & sans tréve, font les vœux des moindres Religieux : sur tout ils ne portent point de dot avec eux, & ajoutent aux services importans qu'ils rendent aux Etats, celuy de la décharge des familles particulieres, ce que quelques Ordres, d'ailleurs assez austeres, ne font pas trop exactement.

SECTION III.

Si ceux qui sont prévenus de crime, & les condamnez à mort, ou au bannissement perpetuel, ou aux galeres, peuvent succeder.

SOMMAIRE.

1. *Celuy qui est simplement accusé n'est pas incapable de succeder.*
2. *Quoiqu'il soit executé avant l'immixtion.*
3. *Le condamné qui meurt pendant les cinq ans, a pû succeder durant ce temps-là.*
4. *Que cela se doit juger, même au profit de l'accusateur.*
5. *Qu'à Toulouse tout condamné est jugé incapable de succeder.*
6. *Raisons de Monsieur d'Olive pour cet usage.*
7. *Refutation.*
8. *De l'accusé mort pendant l'appel ; & qu'il a pû succeder.*
9. Quid *si l'accusé meurt aprés les cinq ans sans avoir purgé la contumace, ou que s'estant representé, il ait esté derechef condamné.*
10. *Arrests sur la matiere.*
11. *Recapitulation des trois cas ausquels le condamné peut succeder.*
12. *Arrest de Boisredon.*
13. *Des enfans de ceux qui se marient depuis leur condamnation.*
14. *Explication des articles 5. & 6. de l'Ordonnance de 1639.*
15. *Les enfans nez d'un mariage contracté depuis un jugement contradictoire, qui condamne au bannissement, sont incapables de succeder.*
16. Secus *des enfans d'un banni à temps, ou d'une Province.*
17. *Les enfans d'un mariage contracté depuis la Sentence de bannissement par contumace, ne laissent pas de succeder, pourvû que le pere meure dans les cinq ans.*
18. *De même, si le banni meurt pendant l'appel.*
19. *Si les enfans d'un condamné à mort qui décede pendant l'appel, luy peuvent succeder.*
20. *Conciliation de l'Ordonnance de 1639.*
21. *Argument tiré de l'Ordonnance de 1670.*
22. *Si les enfans nez d'un mariage contracté depuis la condamnation par une personne qui ne s'est point representée dans les cinq ans, succedent à celuy des pere & mere qui est en bonne foy.*
23. *Raisons de douter, qui resultent de l'Ordonnance.*
24. *Avis de l'Auteur.*
25. *Nouvelles raisons pour temperer la rigueur de l'Ordonnance.*
26. Quid *à l'égard de la succession du banni, ou du condamné à mort.*

1. Celuy qui est simplement accusé n'est pas incapable de succeder. CEluy qui est simplement prévenu de crime, ou qui estant accusé, n'a pas encore esté condamné à une peine capitale, n'est point incapable de succeder ; parce qu'il n'a pas encore perdu son état, & l'on ne devient incapable de succeder qu'en le perdant. Il paye, & on luy paye valablement, il conserve ses honneurs & ses dignitez, quoique l'exercice en soit en suspens. Enfin à l'exception qu'il ne peut pas disposer de ses biens par donation, quand il est veritablement coupable, & que dans la suite il est condamné suivant la Loy *Post contractum ff. de donat.* on ne considere point son accusation quant aux effets civils. C'est une des questions jugées par l'Arrest du 24. Mars 1603. rapporté par M. Servin tom. 1. plaid. 9. car cet Arrest jugea, que le nommé Jean de

Bermondet accusé d'inceste avec une de ses sœurs, n'avoit pas laissé de succeder à Gautier de Bermondet son frere aîné, quoique dans la suite le crime fût averé & puni de mort. *Voyez* cy-dessus le Chap. 1. Sect. 2. nomb. 7.

2. Quoiqu'il soit executé avant l'immixtion. Le même auroit lieu, quoique l'accusé ne se fût pas mis en possession avant la condamnation, & que la Sentence eût prévenu l'immixtion.

3. Le condamné qui meurt pendant les cinq ans, a pû succeder devant ce temps-là. Celuy qui esté condamné à mort par défauts & contumaces, ou au bannissement perpetuel du Royaume, ou aux galeres perpetuelles, & qui est mort pendant les cinq ans de la contumace, a pû succeder depuis sa condamnation; parce qu'il estoit encore dans le temps que l'Ordonnance accorde pour se representer; ainsi il pouvoit, en se representant, faire mettre les défauts & contumaces au neant, & il ne meurt point esclave, parce qu'il avoit droit de reclamer son état: & la faveur de l'état & de la liberté de l'homme est si grande, que si en ce même cas, son heritier voulant purger sa memoire, il l'a fait condamner, le deffunt n'en a pas moins esté capable de succeder, cette condamnation n'ayant point d'effet retroactif, suivant la Loy *Furti §. sed si furti ff. de his qui not. inf.*

4. Que cela se doit juger, même au profit de l'accusateur. L'on demande si cela se doit juger au profit de toute sorte de personnes, par exemple, d'un accusateur, qui pour se vanter de ses dommages & interests, soutient que celuy qu'il a accusé, a succedé à ses parens pendant son accusation, ou au profit d'un autre creancier; & il faut conclure pour l'affirmative; parce que ni la condamnation, dont l'accusé pouvoit estre relevé, ne cause point la perte de son état, ni l'accusateur ne détruit point le titre de son accusation, & ne se contredit point luy-même, pour soutenir que l'accusé a pû succeder.

5. Qu'à Toulouse tout condamné est jugé incapable de succeder. Cette Jurisprudence ne s'observe pas au Parlement de Toulouse, où quoique l'on ait esté obligé de se départir de la disposition du Droit, qui vouloit que l'on ne condamnât jamais personne à mort par défauts & contumaces, & que l'on se contentât de releguer celuy qui estoit absent pour crime, l'on croit que dés que quelqu'un a esté condamné par défauts & contumaces à mort, ou au bannissement perpetuel, il est incapable de succeder; ce que l'on fonde sur la Loy *Si quis filio 6. §. sed & si quis ff. de injusto rupto, &c.* qui dit, *capite damnatus servus pœna efficitur, non cum consumptus est, sed cum sententiam passus est.*

6. Raisons de M. d'Olive pour cet usage. Monsieur d'Olive, qui en rapporte des Arrests liv. 5. chap. 7. ajoûtant cette raison, que si le condamné pouvoit succeder dans les cinq ans, sous prétexte qu'il se peut faire relever des défauts & contumaces dans ce même temps, il devroit succeder en tout temps, parce qu'on le reçoit en tout temps à les purger. Enfin, il dit, que comme on ne juge pas que le Religieux succede pendant les cinq ans, sous prétexte que dans ce même temps il se peut pourvoir contre ses vœux: aussi le condamné par contumaces ne doit pas succeder sous prétexte qu'il peut faire mettre les défauts & contumaces au neant.

7. Refutation. Mais si les Parlemens de Droit écrit se sont conformez à l'Ordonnance pour prononcer contre le contumax une condamnation capitale, quand son crime l'a merité; il semble qu'ils pouvoient juger, que pendant les cinq ans, que l'Ordonnance de Moulins, art. 28. donne pour purger la contumace, l'accusé meurt *integri status*, puisqu'une fois il pouvoit se justifier en se representant, & faire casser les défauts & contumaces. Cette pratique est plus remplie d'humanité, & n'est pas même éloignée de l'esprit du Droit Romain, la Loy *Intercidit 59.* au *§. 1. ff. de condit. & demonstrat.* disant en pareil cas, *numquid non interim extinguitur legatum, quia restitui in civitate potest, quod probabilius esse arbitror.*

En effet, les raisons de Monsieur d'Olive ne semblent pas extremement décisives, estant veritable que l'on reçoit en tout temps un accusé à purger la contumace; mais cela n'estant accordé aprés les cinq ans que par un passe-droit, & en faveur de la liberté, parce que c'est le terme défini par la Loy. Et pour répondre à l'exemple du Religieux, il n'y a pas de doute que, s'il y avoit des nullitez dans sa profession, & qu'il eût reclamé dans les cinq ans, les successions intermediaires ne luy fussent dûës. Mais il ne fait pas casser ses vœux de plein droit dans les cinq ans, comme l'accusé qui se represente fait casser ses défauts & contumaces.

8. De l'accusé mort pendant l'appel, & qu'il a pû succeder. Il en est de même lorsque l'accusé s'est representé & est mort pendant l'appel; car l'on juge en faveur de la liberté que les successions intermediaires luy sont dûës, & qu'il est mort, *integri status*, suivant la Loy *Qui à latronibus 13. §. ult. ff. de testam.*

9. *Quid* si l'accusé meurt aprés les cinq ans sans avoir purgé la contumace, ou que s'étant representé, il a esté derechef condamné. Que si l'accusé meurt aprés les cinq ans de la contumace, ou si ayant appellé de la Sentence qui l'a condamné à une peine capitale, elle est confirmée; l'on juge en l'un & en l'autre cas, qu'il n'a pas pû succeder dans le temps intermediaire entre la contumace & sa mort. Ainsi il ne suffit pas pour le faire succeder, que la succession soit échûë pendant les cinq ans; mais il faut qu'il meure durant ce terme. Que s'il survit, il faut qu'il purge les contumaces, autrement on ne succede point de son chef, & il est reputé mort civilement du jour de l'execution de la Sentence de condamnation, suivant l'art. 29. du tit. 17. des défauts & contumaces de l'Ordonnance de 1670. Et il est encore necessaire qu'il soit absous; car autrement, & s'il est condamné derechef, les successions intermediaires ne luy appartiennent point.

10. Arrests qui justifient ce qui vient d'estre dit aux nombres précedens. Nôtre proposition se peut recueillir des anciens Arrests, si on les examine bien; car l'Arrest prononcé le 17. Juin 1595. & rapporté par Monsieur Loüet lettre C. nomb. 25. jugea qu'un condamné estant mort au delà des cinq ans de la contumace, n'avoit pû succeder, & debouta les creanciers de leur demande: de même l'Arrest du Jeudi 11. Decembre 1608. rapporté par son Commentateur au même endroit, Arr. 1. donna veritablement la provision au creancier du contumax pour une succession échûë deux ans aprés sa condamnation; mais cela en donnant par luy bonne & suffisante caution, & le même Arrest ordonna que l'accusé se representeroit dans un mois: Or cette caution ordonnée marque, qu'il ne suffit pas que la succession soit échûë dans les cinq ans; mais qu'il faut que l'absent purge les contumaces, ou qu'il meure dans les cinq ans. Il y en a un troisiéme rapporté au même endroit, en datte du 23. Juillet 1626. qui juge ce qui vient d'estre dit, qu'il ne suffit pas que les défauts & contumaces ayent esté mis au neant; mais qu'il est necessaire que l'accusé soit absous, & qu'autrement il n'y a point de succession intermediaire, dont ses creanciers puissent profiter. *Voyez* du Fresne, liv. 1. chap. 115. & liv. 2. chap. 49.

☞ Enfin l'Arrest de Coursan du 31. Mars 1678. rapporté dans le Journal du Palais partie 6. pag. 471. a jugé que la Dame de Coursan qui avoit esté condamnée par contumaces à estre décapitée, & estoit décedée aprés les cinq ans de la contumace,

mace, n'avoit pas succedé à la Dame Miron sa mere, en sorte que le confiscataire pût profiter de cette succession ; mais que cette succession avoit passé directement aux enfans de la Dame de Coursan, au moyen de l'incapacité de leur mere.]

11. Recapitulation des trois cas ausquels le condamné peut succeder.

D'où il resulte qu'il n'y a que trois cas ausquels le condamné puisse succeder ; le premier, lorsqu'il meurt pendant les cinq ans ; le second, lorsqu'il meurt pendant l'appel ; & le troisiéme, lorsque s'estant presenté, il est absous dans la suite.

12. Arrest de Boisredon.

Il s'est rendu de nos jours & le 12. May 1673. un Arrest, qui semble contraire aux principes qui viennent d'estre établis ; mais dans des circonstances particulieres. En 1635. le sieur de Boisredon avoit esté condamné par défauts & contumaces, à estre décapité ; cependant en 1642. ses coheritiers ne laisserent pas que de l'admettre à partage. En 1652. il épousa Damoiselle Antoinette de Bar, & en 1656. il se representa pour purger les défauts & contumaces, & fut condamné derechef & executé à mort en la Ville de Riom, pendant que l'Huissier porteur d'un Arrest de défenses du Conseil estoit aux portes de la ville, qui avoient esté fermées pour sûreté de l'execution : la veuve prétendoit executer ses reprises sur les biens échûs en partage à son mary en 1642. Le confiscataire soutenoit au contraire qu'elle n'avoit aucunes reprises à faire sur ce partage, parce qu'elle n'avoit épousé le sieur de Boisredon qu'aprés les cinq ans de la contumace, & que d'ailleurs s'estant representé, il avoit esté derechef condamné & executé ; & sur cette contestation la Cour declara les biens contentieux affectez & hypotequez aux conventions de la veuve ; ce qui fut ainsi jugé à cause de la longue possession où le sieur de Boisredon avoit esté de son état & du consentement de ses coheritiers.

13. Des enfans de ceux qui se marient depuis leur condamnation.

Il faut parler à present des enfans de ceux qui se marient depuis leur condamnation, & présupposer qu'encore que la condamnation à mort, ou au bannissement perpetuel, ou aux galeres perpetuelles, emporte regulierement la confiscation, il y a des Coutumes où elle n'a point lieu, comme en Anjou, où il est dit art. 142. qu'elle n'a lieu que pour les meubles, si ce n'est en crime d'Heresie & de Leze-Majesté, à quoy est conforme la Coutume du Maine, art. 157. Aussi par la derniere disposition du Droit Romain elle n'avoit lieu que dans le crime de Leze-Majesté, suivant la Nov. 134. chap. 13. & dans les autres crimes les biens estoient conservez aux descendans & aux ascendans, & même aux collateraux jusqu'au troisiéme degré : & dans le temps même que la confiscation avoit lieu, l'on conservoit aux enfans leur legitime sur les biens confisquez, *L. quando 10. C. de bon. damnat.* Outre qu'il peut encore arriver, que le banni ou le condamné à mort par défauts & contumaces fera des acquisitions que l'on prétendra n'estre pas comprises dans la confiscation. De plus, il peut arriver, que le condamné à mort se marie dans les cinq ans de sa condamnation, & meure dans le même espace de temps, auquel cas il sera mort *integri status.* On demande donc si dans tous ces cas les enfans nez d'un mariage contracté par une personne condamnée à mort, ou au bannissement perpetuel du Royaume, peuvent succeder ; & comme il y a une Ordonnance précise, qui est celle de 1639. art. 5. & 6. il faut s'appliquer principalement à en rechercher le veritable sens.

14. Explication des art. 5. & 6. de l'Ordonnance de 1639.

Le texte est clair & évident, & declare les enfans de ceux qui se marient aprés avoir esté condamnez à mort, si avant leur decés ils n'ont esté remis au premier état par les voyes prescrites par les Ordonnances, incapables de toutes successions, aussi bien que leur posterité : Sur quoy l'on peut demander, 1. Si cette Ordonnance a lieu à l'égard des mariages contractez par des bannis à perpetuité. 2. Si elle a lieu à l'égard des condamnez par défauts & contumaces, lesquels s'estant mariez pendant leur contumace ; se sont depuis representez, & meurent pendant l'appel. 3. Si elle a lieu dans le même cas, lorsqu'ils meurent dans les cinq ans, sans avoir appellé. 4. Si ces enfans sont exclus de la succession du conjoint, qui n'a point sçû la condamnation, & qui estoit en bonne foy, aussi bien que des autres successions, du même côté & ligne.

15. Les enfans nez d'un mariage contracté depuis un Jugement contradictoire, qui ordonne un bannissement, sont incapables de succeder.

A l'égard de la premiere question, il est certain que celuy qui est banni du Royaume à perpetuité par un Jugement contradictoire, est incapable d'ester en Jugement, de succeder, de contracter mariage, & que ses Benefices vaquent de plein droit ; parce qu'il perd les droits de la liberté, les droits de la Cité ; c'est à dire, de Bourgeoisie, & les droits de cognation ; c'est à dire, de parentelle & d'alliance. Ainsi les enfans nez d'un mariage contracté par un banni à perpetuité, ne luy succedent point, quoy que le bannissement ne soit pas compris dans les art. 5. & 6. de l'Ordonnance de 1639. & cela a esté jugé contre les enfans du nommé Antoine Tillon, sieur de Saffey, lequel ayant esté banni à perpetuité du Royaume, s'étoit allé remarier six ou sept ans aprés sa condamnation, à Jeanne Minard, fille d'un Laboureur du Pays d'Anjou : car par Arrest du Vendredy 15. Juin 1618. rapporté par Maistre Julien Brodeau en la lettre E. nomb. 8. art. 2. la Cour maintint les heritiers collateraux du même Tillon en la possession de tous les biens, à la charge d'une pension de 100. livres à chacun des enfans de ce mariage, leur vie durant seulement. *Voyez* le même Commentateur sous la lettre S. nomb. 15. Aussi dans le Droit les enfans nez d'un banni depuis son bannissement, ne faisoient point manquer la condition *si sine liberis*, comme il resulte de la Loy *Ex facto 17. §. ex facto ff. ad Senatusc. Trebell.*

16. *Secus* des enfans d'un banni à temps, ou d'une Province.

Autre chose est de celuy qui n'est banni du Royaume que pour un temps, ou d'une Province à perpetuité : car celuy-là succede dans le lieu même dont il est banni, suivant l'Arrest du 20. Avril 1622. rapporté par Maistre Julien Brodeau sous la lettre S. nomb. 15. Art. 9. Aussi rien ne l'empêche de se marier, & ses enfans succedent en tous ses biens.

17. Les enfans d'un mariage contracté depuis la Sentence de bannissement par contumace ne laissent pas de succeder, pourvû que le pere meure dans les cinq ans.

De même le banni à perpetuité du Royaume par défauts & contumaces seulement, s'étant marié, & ensuite étant decedé dans les cinq ans de sa condamnation, ses enfans sont capables de luy succeder, comme il a pû succeder luy-même pendant cet intervalle de temps.

18. De même si le banni meurt pendant l'Appel.

De même, si aprés s'estre marié, il est mort pendant l'appel, ou aprés avoir esté absous ; car tout cela se regle à l'*instar* de ce qui vient d'estre dit touchant les condamnez à mort. On en doit dire autant des condamnez aux galeres perpetuelles. Que si le condamné à mort, ou au bannissement perpetuel hors du Royaume ; ou aux galeres perpetuelles, ne se represente point dans les cinq ans, il est reputé mort du jour de l'execution de la Sentence de condamnation, suivant l'art. 29. de l'Ordonnance de 1670. cy-dessus allegué.

19. Si les enfans d'un

Pour la seconde question qui consiste à sçavoir si les enfans nez d'un mariage contracté par une

condamné à mort, qui decede pendant l'appel, luy peuvent succeder.

personne condamnée à mort, qui decede pendant l'appel, luy peuvent succeder, elle a esté déja touchée cy-dessus,& il a esté expliqué qu'ils luy peuvent succeder, non pas par la raison que l'on allegue communément, qu'en matiere criminelle l'appel éteint le jugé; mais en faveur de la liberté & de l'état du condamné. Aussi avant l'Ordonnance de 1670. qui porte, que *lorsque l'accusé se represente, ou est fait prisonnier, les défauts & contumaces sont mis de plein droit au neant*, l'on avoit jugé que le testament fait par un particulier, lequel ayant été condamné à mort, s'estoit representé, & avoit esté ensuite élargi en donnant caution, sans qu'il y eût eu de Jugement qui eût mis les défauts & contumaces au neant, puis estoit decedé pendant l'appel, estoit bon & valable;& c'est la decision de l'Arrest de la Grand'-Chambre du mois de Juin 1633. rapporté par du Fresne liv. 2. chap. 113.

20. Conciliation de l'Ordonnance.

Que si l'on considere les termes de l'art. 6. de l'Ordonnance de 1639. ils ne sont point contraires à cette decision, puisqu'ils declarent que les enfans nez d'un mariage contracté par un condamné à mort, si avant son decés, il n'a esté remis au premier état, sont incapables de toutes sortes de successions: Ainsi dés lors que le condamné se represente, s'il decede avant que d'estre jugé, il est vray de dire qu'il decede en possession de son état, & que ses enfans sont capables de luy succeder. Autre chose seroit s'il y avoit eu avant son decés un Jugement de condamnation à mort, suivant l'Arrest du 10. Janvier 1630.

Tellement que cette Ordonnance ne laisse de difficulté qu'en cas que le condamné soit mort pendant les cinq ans sans avoir appellé, ce qui verifioit sa contumace, & que quand il auroit vécu,il ne se seroit pas representé: mais la faveur de la liberté & de l'état des hommes, estant si grande, que celuy-là est censé mort en possession de son état qui pouvoit reclamer son état, il faut dire que l'art. 6. de cette Ordonnance doit s'entendre de celuy qui est mort aprés les cinq ans. Aussi l'art. 29. du titre 17. de l'Ordonnance de 1670. dit, que celuy qui aura esté condamné à la mort, ou aux galeres perpetuelles, ou qui aura esté banni à perpetuité du Royaume, & qui decedera aprés les cinq années sans s'estre representé, ou avoir esté constitué prisonnier, sera reputé mort civilement du jour de l'execution de la Sentence de contumace, & marque assez par ces mots *qui decedera aprés les cinq années*, qu'elle entend que si le condamné decede pendant les cinq ans, il ne sera pas reputé avoir perdu son état.

21. Argument tiré de l'Ordonnance de 1670.

22. Si les enfans nez d'un mariage contracté depuis la condamnation, par une personne qui ne s'est point representée dans les cinq ans, ne succedent point à celuy des pere & mere, qui est en bonne foy.

A l'égard de la derniere question qui consiste à sçavoir si les enfans nez d'un mariage contracté par une personne condamnée à mort, ou au bannissement perpetuel du Royaume, laquelle est decedée aprés les cinq ans, sans se representer, ne succedent point au moins à celuy de leurs pere & mere, qui est en bonne foy, par exemple, s'ils ne succedent point à leur mere, quand c'est leur pere qui a esté condamné, il est difficile de croire, qu'encore que l'Ordonnance de 1639. art. 5. & 6. porte qu'ils sont incapables de toutes successions, aussi-bien que leur posterité, elle ait entendu les priver de la succession de celuy des deux conjoints qui estoit en bonne foy: mais apparemment elle a voulu dire qu'ils estoient principalement incapables de succeder au pere qui s'est marié depuis sa condamnation; ce qui neantmoins reçoit difficulté, 1. à cause de la generalité des termes de l'Ordonnance, 2. parce qu'il est même difficile qu'il y ait bonne foy, à cause que le Jugement est public, 3. parce que c'est une maxime établie par les Arrests, que l'état des hommes ne se partage pas, & qu'ainsi, ou la condamnation du pere doit faire exclure les enfans l'une & l'autre succession, ou la bonne foy de la mere les doit faire admettre à l'une & à l'autre, selon Monsieur le Prestre cent. 1. chap. 1. vers le milieu. Ainsi, il y a de la difficulté de toutes parts; car supposé qu'on ne puisse diviser l'état d'un enfant, succedera-t-il au conjoint qui estoit condamné & cela contre la disposition de l'Ordonnance:ou n'aura-t-on aucun égard à la bonne foy de l'autre conjoint, ce qui semble contre la disposition des Arrests?

23. Raisons de douter qui resultent de l'Ordonnance.

Maistre Julien Brodeau sur la lettre E. de Monsieur Loüet, nomb. 8. art. 3. est d'avis qu'il faut partager l'état, & dit que la bonne foy d'un des conjoints fait que le mariage est legitime, & que les enfans peuvent succeder au même conjoint; mais comme il dit cela sans traiter la question expressément, on ne doit pas faire grand fond sur son avis.

Pour moy j'estimerois,que si la bonne foy d'un des conjoints est averée, comme si le condamné à mort s'est allé marier sous un nom étranger dans une Province fort éloignée, en ce cas elle rend les enfans capables de succeder à celuy des conjoints qui est en bonne foy; & la raison sur laquelle je me fonde est, que le mariage d'un condamné à mort n'est pas plus odieux que celuy d'un Prestre, ou d'un homme qui a déja contracté un autre mariage qui subsiste; cependant on a jugé que la bonne foy de celle qui avoit épousé un Prestre, suffisoit pour assurer aux enfans la succession de la mere, & il y en a un Arrest rapporté par Monsieur le Prestre, au lieu qui vient d'estre cité, & un autre quoy que simplement provisoire, rapporté par Maistre Anne Robert liv. 2. chap. 18. en datte du 28. Juillet 1598. De même l'on a jugé par Arrest du 16. Janvier 1610. rapporté dans les Annotations sur le même Auteur, qu'une femme ayant deux maris vivans, les enfans du second mariage estoient capables des successions collaterales, à cause de la bonne foy de leur pere. Ainsi je ne vois pas pourquoy la bonne foy du conjoint qui a épousé un condamné à mort estant bien averée, les enfans ne soient pas capables de luy succeder.

24. Avis de l'Auteur.

Si les termes de l'Ordonnance par lesquels elle declare ces enfans incapables de toute sorte de successions, aussi-bien que leur posterité, estoient observez à la lettre, même dans les Coutumes qui n'admettent pas la confiscation, il s'ensuivroit qu'ils seroient soumis aux mêmes peines que les enfans des criminels de Leze-Majesté: Cependant la peine qu'on impose aux enfans pour le crime de leur pere, doit estre mesurée sur la qualité du crime: & il seroit contre l'humanité que la bonne foy de la mere ne pût pas sauver l'état des enfans dont le pere a esté condamné pour un homicide. Encore un coup, cette vengeance sur la posterité doit estre reservée pour les grands crimes, & principalement pour le crime de Leze-Majesté, suivant la Loy 5. §. 1. *C. ad l. Jul. Majest.* qui dit, *Filii verò ejus, quibus vitam Imperatoria specialiter lenitate concedimus, paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur, à materna vel avita, omnium etiam proximorum successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuò degentes, & pauperes, infamia eos paterna semper comitetur. Ad nullos prorsus honores, ad nulla Sa-*

25. Raisons pour temperer la rigueur de l'Ordonnance.

cramenta perveniant : sint perpetuò tales, ut his perpetua degestate sordensibus, sit & mors solatium, & vita supplicium.

16. *Quid* à l'égard de la succession du banni ou du condamné à mort. Il n'en est pas de même à l'égard de la succession du banni, ou du condamné à mort : car les enfans en sont exclus en ce cas, suivant l'Arrest de la Roche-Boisseau du 13. Février 1625. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre E. de Monsieur Loüet, nomb. 18. art. 3. qui jugea que le sieur de la Roche-Boisseau ayant tué sa seconde femme, & ayant esté condamné & effigié, ensuite ayant contracté un troisiéme mariage, les enfans de ce mariage estoient exclus de sa succession. Et depuis ces mêmes enfans qui avoient succombé dans cette demande afin de partage des biens du pere, furent receus, suivant la Loy derniere *ff. unde legitim.* & la Loy 3. *ff. de interd. & releg.* à partager les biens d'un frere du premier lit par Arrest du 6. Juillet 1637. rapporté par Henrys liv. 6. chap. 1. qu. 6. rendu sur les conclusions de Monsieur l'Avocat General Bignon, qui soutint que le mariage du S[r] de la Rocheboisseau estoit valable, & que si on luy avoit ôté les effets civils, c'estoit par rapport à sa succession seulement, & non pas aux autres successions de sa famille ; & qu'il n'estoit pas apparent que l'on eût voulu ôter aux enfans qui en étoient nez, les droits de consanguinité, & ce qui leur pourroit venir *à genere & rerum natura.* A quoy j'ajoûte que cela a son exemple dans l'espece d'un enfant desherité, qui ne laisse pas de succeder à la famille.

Que si les Arrests de 1598. & de 1610. qui viennent d'estre citez, ont jugé, que dans le cas du mariage d'un Prestre, ou d'un homme qui avoit déja une premiere femme, la bonne foy de la femme fait succeder les enfans au pere & à la mere, il ne s'ensuit pas que dans nôtre question principale, les enfans doivent succeder au banni, ou au condamné à mort ; parce que le Prêtre marié & le bigame ont des heritiers, au lieu que le banni à perpetuité & le condamné à mort n'en ont point regulierement.

Il faut aller plus loin ; car dans les Coutumes même, où il n'y a point de confiscation, les enfans, au cas dont il s'agit, ne succederont point à leur pere ; parce qu'il n'a pû contracter de mariage valable, estant interdit de tout commerce, & l'Ordonnance, qui declare ces enfans incapables de toute sorte de successions, devant s'observer principalement dans la succession du condamné. Ainsi les collateraux viendront dans ces Coutumes à la succession du banni ou du condamné par contumaces, aprés neanmoins que l'on en aura donné aux enfans la meilleure partie à titre d'alimens.

☞ Et dans nos Coutumes où la confiscation a lieu, l'on peut soutenir que les parens succedent au banni à perpetuité, dans les biens qu'il a acquis depuis son bannissement, & que ces biens ne sont point compris dans la confiscation, ni sujets au droit de desherence : quoique Maître Charles du Molin semble avoir dit le contraire sur l'art. 322. de la Coutume de Bourbonnois. La raison est, que la confiscation n'estant pas favorable, doit estre restrainte aux biens que le banni possede lors de sa condamnation, suivant la Regle *Odia restringenda*, & que le Seigneur Haut-Justicier n'est jamais preferé aux parens quand il vient à titre de desherence : qu'enfin la chose a esté ainsi jugée à l'égard des acquisitions faites par un Jesuite congedié aprés les vœux ordinaires, par un Arrest du 24. Mars 1674. que nous avons rapporté en ce même Liv. ch. 1. Sect. 3. nomb. 7.].

SECTION IV.

Que les étrangers ne succedent pas, & qui sont ceux que l'on repute tels.

SOMMAIRE.

1. *Les étrangers ne succedent point en France.*
2. *Ni les François qui sont en païs étranger pour perpetuelle demeure.*
3. *Le retour actuel ne justifie pas toûjours l'esprit de retour.*
4. *Quelquefois une demeure de 40. années ne suffit pas pour faire declarer un François aubein.*
5. *Ni même une demeure de 60. ans.*
6. *Que l'on ne croit pas même toujours des declarations précises de vouloir passer sa vie en un pays étranger.*
7. *De ceux qui suivent des Filles de France mariées en pays étranger.*
8. *Qui profite des droits du François, qui s'est retiré pour perpetuelle demeure en un païs étranger.*
9. *Disposition du Droit sur ce sujet.*
10. *Nostre usage est opposé.*
11. *Arrest sur ce sujet.*
12. *Que cette Jurisprudence a son fondement dans l'Ordonnance.*
13. *Quid à l'égard du rebelle, traître, espion ou deserteur.*
14. *Les enfans nez en France valent lettres de naturalité à l'étranger, qui s'y marie & s'y établit.*
15. *Le même a lieu, si s'étant marié en son pays, il vient s'établir en France, & y a des enfans, ceux-cy profitans à ceux qui sont nez dans le païs étranger.*
16. *Exemple approchant.*
17. *Si un François s'établit en un païs étranger, & que ses enfans viennent en France, ils succedent même par representation.*

Les étrangers ne succedent point en France. LEs étrangers non plus que les bâtards ne succedent point en France, *tanquam peregrini capere non possunt*, dit la Loy 1. *C. de hered. inst.* que nous suivons à cet égard, si cela ne leur est permis par quelque privilege particulier, tel qu'il en a esté accordé aux Suisses & aux Ecossois, & à ceux du Comtat d'Avignon, qui demeurent actuellement en France. Bacquet du Droit d'Aubeine, part. 1. ch. 7. Mais ce privilege leur est inutile pendant qu'ils demeurent sous une domination étrangere, ☞ (quoy qu'on ait fait quelques exceptions, & principalement pour les successions par une Declaration de 1635.)] & nos François même qui vivent sous un ciel étranger dans la pensée de s'y établir une demeure perpetuelle, perdant les droits de Cité, sont auf- 2. Ni les François qui sont en pays étranger pour

perpetuelle demeure.

si exclus du droit de succeder : ce sont des plantes qui ont pris racine en une autre terre, que l'on ne compte plus, & qui ont passé en la possession d'autruy, comme il est dit au §. *si Titius* des Instit. *de rer. divis.* ensorte que c'est principalement leur propre destination qui les rend aubeins, ou qui leur conserve la qualité de regnicoles ; *Si malit eos sequi, quam in civitate remanere*, dit la Loy *Postliminii* 5. §. *captivus* 3. *ff. de capt. & postlim. rev.* & cette Loy ajoûte, en parlant d'Attilius Regulus, *quia juraverat se Carthaginem reversurum, & non habuerat animum Romæ remanendi.*

3. Le retour actuel ne justifie pas toûjours l'esprit de retour.

L'on ne justifie pas même l'esprit de retour par un retour actuel, & nos Arrests marquent assez par la précaution qu'ils prennent en pareil cas, comme en ordonnant des défenses d'aliener, ou en imposant la necessité de demeurer en France, que l'on se défie ordinairement de celui qui a fait un long séjour en un païs étranger ; on luy demanderoit volontiers des gages, & on le considere comme un François aliené, dont le retour n'est pas sincere, & qui n'a pas une affection véritable pour sa patrie. Et le Droit même nous conseille cette recherche, quand il dit en la Loy 26. du même titre, qu'il faut sonder les sentimens du captif, qui vient de rompre ses chaînes, & qu'il ne doit s'éjoüir du droit de retour qui s'appelle *jus postliminii*, quo quand en abjurant, s'il faut ainsi dire, le païs ennemy, il rend toutes ses inclinations à sa patrie : *si ea mente venerit, ut non illo reverteretur, nec enim satis est corpore domum quem rediisse, si mente alienus est.*

4. Quelquefois une demeure de 40. années ne suffit pas pour faire declarer un François Aubein.

Il resulte de ce qui vient d'estre dit, que les causes en ces matieres sont toutes dans les circonstances particulieres, & quelquefois une demeure de quarante années dans le païs étranger, n'a pas esté un moyen pour exclure le François, qui s'est presenté pour recüeillir une succession, parce qu'il avoit toujours marqué qu'il avoit l'esprit de retour, comme dans l'espece de l'Arrest de la prononciation de Noël 1605. rapporté par Monsieur Bouguier en la lettre S. nomb. 15. & par Maistre Julien Brodeau sur la lettre S. de M. Loüet nomb. 15. où il s'agissoit de sçavoir si le nommé Jean Harmandiers, François de Nation, & qui avoit demeuré à Seville pendant quarante ans, s'y estoit marié, & y avoit eû des enfans, estoit capable de recüeillir icy les successions de ses pere & mere ; car il fut admis à celle de son pere, parce qu'il avoit souvent témoigné qu'il vouloit retourner en France, en avoit fait même des protestations authentiques, & dans cette pensée il ne s'étoit point fait inscrire au rôlle des Bourgeois de Seville ; & que d'ailleurs il estoit dans les trente ans depuis le decés de son pere : mais il fut mis hors de Cour sur sa demande à fin de partage de la succession de sa mere, parce qu'il l'avoit formée aprés les trente ans.

5. Ni même une demeure de 60 ans.

L'Arrest de Longueval du 14. Aoust 1554. rapporté en son entier par Maistre Jean Bacquet, à la fin de son Traité du Droit d'Aubeine, avec le *Factum*, avoit decidé la même chose.

Enfin l'on a passé plus avant, car l'on a jugé par un Arrest du 5. Février 1647. que le nommé Denys Pierre, François de nation, mais habitué depuis soixante ans à Bruxelles, estoit capable de recüeillir en France la succession d'une sienne cousine, qui estoit morte depuis peu, à la charge qu'il demeureroit en France, & ne pourroit aliener ; & cet Arrest est rapporté dans le Journal des Audiences du Parlement, liv. 5. chap. 8.

6. Que l'on n'en croit pas même toûjours des declarations précises de vouloir passer sa vie en un païs étranger.

Quelquefois même l'on n'a pas crû des declarations précises, que des François avoient faites de vouloir demeurer dans des païs étrangers, parce qu'elles n'ont pas paru d'une volonté assez fixe, & d'un esprit assez ferme & assez constant, comme dans l'espece de l'Arrest du Jeudy 8. Janvier 1615. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 15. Art. 5. où il s'agissoit de sçavoir, si le nommé Nicolas Foudrier s'estant retiré en Italie, & ayant declaré par une Lettre missive, qu'il y vouloit passer le reste de ses jours dans le Convent des Barnabites de la ville de Rome, avoit esté capable de recüeillir une succession arrivée avant sa profession ; ce qui fut ainsi jugé, parce qu'un projet de devotion n'est pas un contrat, & que la volonté de l'homme est ambulatoire sur cet article même.

7. De ceux qui suivent des Filles de France mariées en païs étranger.

Enfin, quand on marie une fille & une Princesse de France en un pays étranger, ceux qui s'attachent à sa suite, quoy que ce soit pour perpetuelle demeure, par un privilege particulier, ne sont point reputez Aubeins, & ils n'ont pas besoin à leur retour en France, de Lettres de rehabilitation.

8. Qui profite des droits du François qui s'est retiré pour perpetuelle demeure en un païs étranger.

L'on a aussi demandé autrefois si le droit du François, qui est reputé Aubein à cause de son établissement, & de sa longue demeure en un pays étranger, est dévolu au Roy, ou s'il est dévolu aux plus prochains heritiers ? Je suppose, par exemple, qu'un François se soit allé établir à Madrid, qu'il s'y soit marié, & qu'il se soit fait enrôler au nombre des Bourgeois de cette Ville, enfin qu'il y ait pris Charge, & que par ces circonstances il y ait lieu de juger qu'il a renoncé à sa patrie, & qu'il n'a plus du tout l'esprit de retour ; & je demande à qui appartiendra sa part en la succession de ses pere & mere, & autres personnes, dont il auroit esté heritier présomptif, s'il n'avoit pas perdu les droits de Cité, si au Roy, ou aux autres heritiers ?

9. Disposition du Droit sur ce sujet.

Et il est certain, que si l'on suivoit le Droit Romain, cela appartiendroit au fisc, *L. hereditas C. de his quib. ut ind.*

10. Nôtre usage est opposé.

Mais le Fisc ne profite en France ni de l'indignité, ni de l'incapacité ; ce qui nous est attesté par Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 3. nomb. 9. en ces termes : *Sed interim adverte diligenter in praxi quod in hoc regno nec ex hoc tit. ff. & Cod. de his quib. ut ind. nec ex tit. si quis aliquem testari prohibuerit, nihil ad fiscum devolvitur, sed offerenti vel ejus heredibus aut dignis totum applicatur.* Ainsi, quoy qu'il soit certain que celuy qui s'est établi en un pays étranger, & n'a pas l'esprit de retour, est incapable de succeder, parce que ce droit n'appartient qu'aux Citoyens & aux Regnicoles, & que l'on suit à cet égard la disposition de la Loy 1. *C. de hered. instit.* qui dit, *tanquam peregrini capere non possunt* ; ce qui a lieu à plus forte raison contre ceux qui passent chez les Ennemis, suivant la Loy 5. §. 1. *de cap. minut.* laquelle dit, *qui deficiunt, capite minuuntur : deficere autem dicuntur qui ab his quorum sub imperio sunt, desciscunt & in hostium se numerum conferunt, sed & hi quos Senatus hostes judicavit.* Neanmoins l'incapacité qui resulte de ces deux causes, ne donne point lieu en France à la confiscation des successions échûës au François fugitifs ; & c'est ce qui a esté jugé par un Arrest

11. Arrest sur ce sujet.

solemnel du 8. Mars 1647. rendu au Rôle de Paris, & rapporté dans le Journal de du Fresne liv. 5. chap. 11. par lequel l'on ajugea aux nommées Marie & Marguerite Bâton, contre un donataire du Roy, la part du doüaire sur les biens du pere, & la part dans la succession de la mere, qui auroit

appartenu à Claude Bâton leur frere, lequel s'étoit retiré en Flandres, & s'étoit engagé au service du Roy d'Espagne.

11. Que cette Jurisprudence a son fondement dans l'Ordonnance.

Cette Jurisprudence est même conforme à l'esprit de l'Ordonnance, laquelle n'admet point la confiscation de plein droit, comme il se voit dans l'art. 85. de l'Ordonnance du Roy Charles VII. de l'an 1453. & par la Declaration du Roy François I. du 26. Juillet 1539. & plusieurs autres qui sont rapportées dans la Conference des Ordonnances liv. 10. tit. 6. Ce que Maistre Charles du Molin a reconnu à l'endroit qui vient d'estre cité, où il ajoûte, *primum enim in hoc regno per Constitutiones Regias pœnis fiscalibus locus non est, nisi per Sententiam & causâ cognitâ.*

13. Quid à l'égard du rebelle, traistre, espion, ou deserteur.

Que si le François avoit attenté quelque chose contre l'interest de l'Etat, & avoit esté declaré rebelle, traistre, espion ou deserteur, la confiscation auroit lieu seulement pour les biens qu'il possedoit lors de sa défection, & devroit estre declarée par sa Sentence; c'est à dire, qu'il faut cette derniere condition de la Loy 5. §. 1. *de cap. minut.* laquelle vient d'estre citée, & qui est comprise sous ces termes; *Sed & hi quos Senatus hostes judicavit.*

14. Les enfans nez en France valent lettres de naturalité, à l'étranger qui s'y marie & s'y établit.

Quand l'étranger se marie en France, ses enfans nez dans le Royaume luy peuvent succeder, & luy valent lettres de naturalité. Du Fresne liv. 3. chap. 30. & Maistre Julien Brodeau sur Monsieur Loüet lettre A. nomb. 16.

15. Le même a lieu si s'étant marié en son pais il vient s'établir en France, & y a des enfans, ceux-ci profitant à ceux qui sont nez en païs étranger.

Il en est de même, si l'étranger s'est marié en son pays, & que depuis s'estant venu établir dans le Royaume il ait eu des enfans; car non seulement ces derniers enfans pourront luy succeder dans les biens de France; mais les premiers qui sont nez en son pays, ausquels leurs freres nez en France profitent en cela. Bacquet du Droit d'Aub. part. 4. chap. 31. nomb. 6. Ce que l'on peut appuyer sur la raison d'équité, qui veut que la condition des enfans soit égale, & par arg. sur l'Authentique *de nupt.* chap. dern. Et ce qui n'est pas même sans exemple dans nôtre Droit, où l'on a vû quelque chose d'approchant, quand dans les Coutumes qui n'admettent pas la representation, le rappel fait par le contrat de mariage de l'un des petits-fils, profitoit non seulement à ceux de la même cellule, mais à tous les autres, selon Maistre Charles du Molin sur l'art. 139. de la Coutume de Senlis; ce qui avoit le même fondement c'est à dire, la raison d'égalité.

16. Exemple approchant.

17. Si un François s'établit en un païs étranger & que ses enfans reviennent en France, ils succedent même par representation.

Enfin, si un François se va établir en un pays étranger même *perpetuæ moræ causâ*, & qu'il arrive que ses enfans reviennent en France, ils n'ont pas besoin de Lettres de naturalité, & peuvent succeder même par representation, parce qu'ils sont nez d'un François, & que d'ailleurs l'on peut venir aux successions par representation d'un incapable, Boërius *decis.* 13. Monsieur de Cambolas liv. 3. chap. 27. Bacquet du Droit d'Aub. part. 5. chap. 39.

Voilà ce qui concerne les incapables. Il y a un chapitre des indignes, qui est le neuviéme du liv. 3. Nous n'avons pas même jugé à propos d'approfondir icy davantage la matiere du Droit d'Aubeine, non plus que celle du Droit de bâtardise, qui demandent un volume separé, comme on en a fait depuis long-temps. Elles ne font que des successions extraordinaires; & nous nous attachons aux successions naturelles & ordinaires.



CHAPITRE III.

De ceux qui ne sont pas encore nez lors de l'ouverture de la succession.

SOMMAIRE.

1. *Qu'il faut estre né ou conçu lors de l'ouverture de la succession, pour pouvoir succeder.*
2. *Que celuy qui n'estoit pas né lors de l'ouverture de la succession, ne peut évincer un adjudicataire sur un curateur aux biens vacans.*
3. *Que de même le substitué doit estre né lors de l'ouverture de la substitution.*
4. *La conception équipolle à la naissance.*
5. *Rejet de diverses distinctions qui se font sur ce sujet.*
6. Quid *si la succession a esté occupée par un autre qui y renonce depuis.*
7. Quid *si elle a esté vacante un certain temps.*
8. *Usage particulier du Parlement de Normandie.*
9. *Raisons qui semblent appuyer cet usage de Normandie.*
10. *Refutation de ces raisons.*
11. *S'il faut estre vivant lors du decés de celuy que l'on veut representer mediatement.*
12. *Que les enfans qui n'ont pû venir directement à la succession, y viennent quelquefois indirectement, & par la voye du rapport.*
13. *Des insensez, des furieux & des prodigues.*

1. Qu'il faut estre né ou conçû pour succeder.

C'Est un principe de l'une & de l'autre Jurisprudence, que comme il est d'ailleurs établi, que la capacité ou incapacité de l'heritier se juge eu égard au temps du decés; aussi pour être capable de succeder, soit en ligne directe, soit en ligne collaterale, il faut estre né ou conçû lors de l'ouverture de la succession, la Loy 1. au §. *sciendum*, la Loy *Titius* 6. & la Loy suivante ff. *de suis & legitim. hered.* & le §. *& licet* 8. *Inst. de heredit. quæ ab int. defer.* y sont précises, & nôtre regle *le mort saisit le vif*, est une preuve que cette proposition s'observe encore plus exactement dans le païs coutumier, puisqu'elle appelle le plus proche à l'instant du decés, & par consequent exclut ceux qui ne sont pas encore nez ni conçûs. C'est pourquoy nous établirons au chap. de la Representation Liv. 3. Sect. 2. qu'un petit-fils peut bien venir à la succession de son ayeul par representation de la personne de son pere, quoy qu'incapable, mais qu'il est necessaire pour cet effet qu'il vienne au monde, ou qu'il soit conçû lors de la mort de cet ayeul, sans quoy il est exclus de sa succession, même à titre de representation.

2. Que celui qui n'étoit pas né lors de l'ouverture de la succession, ne peut évincer celuy qui s'est rendu adjudicataire sur un curateur aux biens vacans.

Nôtre proposition principale a esté jugée par Arrest du 21. Juillet 1615. rapporté par Maître Julien Brodeau sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 38. Arr. 1. par lequel la Cour decida, que l'heritier qui n'estoit né que deux ans aprés la succession ouverte, n'étoit pas recevable en son action de désistement contre un étranger, au profit duquel l'heritage avoit esté ajugé sur un curateur aux biens vacans. ☞ Et par un autre Arrest du Mardi matin 11. Mars 1692. il a esté aussi jugé, suivant les Conclusions de Monsieur d'Aguesseau Avocat General, qu'il faut estre né ou conçu lors de l'ouverture de la succession, pour pouvoir succeder, même contre un étranger. Plaidans M. Errard Avocat pour l'Appellant, M. Tartarin pour un Intervenant, & M. Legendre pour l'Intimé: la Sentence du Chastelet a esté infirmée, qui avoit jugé le contraire.]

3. Que de même le substitué doit estre né lors de l'ouverture de la substitution.

C'est sur le même fondement, que l'on juge, que le substitué qui n'est né, ni conçû lors de l'ouverture de la substitution, en est exclus, & les Arrests en sont rapportez par Monsieur Bouguier lettre F. nomb. 1. & par Maistre de Monthelon, Arr. 84.

C'est encore sur le même fondement, que l'on juge qu'une des filles ayant esté mariée, & ayant renoncé par son contrat de mariage à la succession de son pere, au profit de son frere aîné; ensuite le pere étant decedé, & quelque temps aprés le fils étant mort sans enfans, la fille qui a renoncé n'est pas recevable à demander part dans la succession du pere, comme ayant esté excluse lors de son decés: il y en a un Arrest du 5. Janvier 1671. dans le 2. Tome du Journal du Palais; ce qui aura même lieu en cas que la demande de la fille qui renonce, prévienne le partage des biens du pere, car il a un effet retroactif au temps du decés.

4. La conception équipolle à la naissance.

Au reste la seule conception équipolle à la naissance, parce que c'est une autre maxime, que l'enfant qui est seulement conçû dans le ventre de la mere, est reputé né, lors qu'il y va de son interest, suivant la Loy *Antiqui 3. ff. si pars hered. petatur*. Les Loix 7. & 26. *ff. de statu hom.* & la Loy derniere, *ff. de ventre in possess. mitt.* En quoy j'estime qu'il ne faut point distinguer, si lors de l'ouverture de la succession l'enfant avoit vie, & si l'homme étoit formé; ce qui n'arrive qu'aprés les quarante jours, suivant le sentiment d'Hippocrate; ou si n'y ayant point de formation parfaite, il étoit vray de dire, qu'il faisoit encore partie des entrailles de sa mere, suivant la Loy 1. §. 1. *ff. de ventre inspic.*

5. Rejet de plusieurs distinctions qui se font ordinairement sur ce sujet.

Non plus qu'entre une succession directe & une succession collaterale, pour dire que l'enfant qui commence à se former, succede à son pere, puisque c'est toujours la production du défunt, & qu'il ne seroit pas juste que des collateraux luy fussent preferez, ni que ses freres même luy donnassent l'exclusion; mais que celuy qui n'est pas encore animé lors de l'ouverture d'une succession collaterale ne succede pas sous pretexte que la succession collaterale n'est pas si favorable, & qu'ainsi ce dernier cas semble se devoir decider dans la derniere rigueur. Encore un coup, il y a lieu de rejetter toutes ces distinctions, & de dire que c'est assez d'estre conçû pour pouvoir succeder; ce qui se juge par le temps d'une naissance legitime dans lequel il suffit de venir, c'est à dire, dans les onze mois, comme il sera établi au chapitre suivant.

6. *Quid* si la succession a esté occupée par un autre qui y a renoncé depuis.

Nôtre proposition principale, que l'on ne peut succeder sans estre né ou conçû lors de l'ouverture de la succession, doit avoir lieu au cas même que la succession ait esté occupée; ce qui arrive, par exemple, lorsque celuy qui estoit le plus proche heritier se fait relever dans la suite de son addition d'heredité, sous pretexte de minorité; car celuy qui est né avant cette renonciation seulement, & qui n'étoit né ni conçû lors de l'ouverture de la succession, en est exclus par celuy qui étoit le plus proche aprés le renonçant, lors de l'ouverture de la succession, parce que c'est encore une autre maxime, que les additions d'heredité & les renonciations, ont toûjours un effet retroactif.

7. *Quid* si elle a esté vacante un certain temps.

Cela a lieu à plus forte raison, si la succession est demeurée vacante; car l'addition de celui qui estoit le plus proche lors de l'ouverture, prévaut toujours; ce qu'il faut étendre au cas même que celui qui est né & conçû depuis l'ouverture de la succession, & qui auroit esté le plus proche heritier, s'il avoit esté conçû en ce temps, ait prevenu par son addition d'heredité celui qui étoit actuellement le plus proche lors de l'ouverture de la succession, & la raison est tirée de cet effet retroactif de ces additions d'heredité.

8. Usage particulier du Parlement de Normandie.

Il faut observer neanmoins qu'au Parlement de Normandie l'on y juge le contraire, & que celui qui trouve la succession vacante, & qui est alors le plus proche heritier, quoy qu'il ne fût pas encore né lors de l'ouverture de la succession, y est preferé à celuy qui estoit le plus proche heritier lors de l'ouverture, mais qui ne l'est plus alors, & il y en a des Arrests dans Beraut sur l'art. 90. de la Coutume de Normandie.

9. Raisons qui semblent appuyer cet usage de Normandie.

Il semble que l'on pourroit appuyer ces decisions du Parlement de Normandie sur l'exemple du retrait lignager, à l'égard duquel il est decidé par plusieurs Coutumes, que l'on peut retraire, encore que l'on ne fût né ni conçû lors de la vente de l'heritage. Ce qui est ainsi reglé par l'art. 194. de la Coutume de Reims, par le 152. de celle de Tours, & par le 254. de celle de Vermandois, & est aussi autorisé par les Arrests du Parlement de Paris, rapportez par Monsieur Loüet en la lettre R. nomb. 38.

10. Refutation de ces raisons.

L'on remarque neanmoins, en examinant bien la chose, une difference essentielle entre le droit de succeder & celuy de retraire, car si en d'autres cas le retrait est un droit plus étroit, que celuy des successions, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 1. du titre des Successions de la Coutume de Berry, & sur l'art. 454. de celle de Bourbonnois, ici il est plus étendu, & la raison de difference vient de nôtre regle *le mort saisit le vif*, qui joint la personne & la possession de l'heritier à celle du défunt; ensorte qu'il n'y a pas un moment d'intervalle entre la mort & la succession, & celui qui est une fois heritier doit l'avoir esté, & l'avoir pû estre à l'instant du decés: au lieu que suivant la Note de Maître Charles du Molin sur cet article 254. de la Coutume de Vermandois, le retrait estant plûtôt un droit de la famille que de la personne, il suffit d'estre de la famille au temps de l'action, quoy que l'on n'ait pas esté né au temps de la vente.

11. S'il faut être vivant lors du decés de celui que l'on veut representer mediatement.

On n'a pas seulement demandé s'il falloit estre né ou conçû lors de l'ouverture de la succession à l'effet de pouvoir succeder; mais encore si pour representer, il falloit estre né ou conçû lors du decés de celui, par la representation duquel on veut venir à une autre succession? Ce que l'on a proposé en cette espece, où l'on suppose que le bisayeul a eu l'ayeul, que l'ayeul a eu le petit-fils, qu'ensuite l'ayeul est decedé, & que depuis ce decés, le petit-fils a eu l'arriere-petit-fils; depuis la naissance duquel le bisayeul, des biens duquel il s'agit, est decedé. Sur quoy l'on demande si cet arriere-petit-fils viendra à la succession

de son bisayeul par la representation, non seulement du petit-fils, qui est son pere, mais encore par la representation de l'ayeul, lors du decés duquel il n'estoit pas encore né? Et quoy qu'il n'y ait aucun texte dans le Droit, qui dise qu'il soit necessaire, ou non, d'estre vivant lors du decés de celuy, par la representation duquel l'on veut venir à une succession, toutefois il faut au moins convenir que c'est un point de Droit trés-indubitable, qu'il n'est point necessaire d'estre heritier de celuy que l'on represente; d'où il semble qu'il s'ensuit qu'il n'est point non plus necessaire d'estre en vie lors de son decés; car le petit-fils ne represente pas moins son ayeul sous pretexte qu'il est decedé long-temps avant sa naissance, il est toujours l'image de son ayeul, & la nature rend au monde l'ayeul decedé, en quelque temps que ce soit, en la personne du petit-fils, qui est vivant, & qui est present; c'est tout l'effet de la representation, il ne s'y agit que de tenir la place d'un autre, & de succeder en son lieu, comme il feroit s'il estoit vivant. Ainsi, il suffit que le representant soit des descendans du representé, & qu'il soit en vie lors du decés de celuy de la succession duquel il s'agit.

12. Que le enfans qui n'ont pû venir directement à une succession, y viennent quelquefois indirectement & par la voye du rapport.

Outre que dans l'espece dont il est question, si l'arriere-petit-fils n'étoit pas vivant lors du decés de l'ayeul, le petit-fils l'estoit, & l'arriere-petit-fils l'estoit aussi lors du decés du petit-fils: ainsi à mesure qu'il est arrivé un decés, le défunt avoit sa representation, qui ne se fait pas *per saltum*, mais bien de degré en degré, chacun representant le degré superieur; & il est vray de dire, que l'arriere-petit-fils represente icy le petit-fils, qui represente l'ayeul, lequel estoit l'heritier immediat du bisayeul. Enfin, la faveur de la ligne directe semble demander cette decision, puisque cette même faveur a donné lieu au droit de transmission, lorsqu'un fils institué venoit à deceder avant l'ouverture du testament *L. un. C. de his qui ante apertas tab.* ou quand un fils venoit à deceder sans avoir deliberé sur la succession *ab intestat*, lors principalement qu'il estoit unique, selon la Loy derniere, *C. unde liberi*, & la glose sur la Loy *Si quis filium §. si filius ff. de adquir. vel omitt. hered.* ce qui sera expliqué en ce même Livre chap. 4. sect. 6. dist. 1. nomb. 25.

Au reste, il arrive quelquefois que ceux qui n'ont pû venir à une succession, parce qu'ils n'étoient pas encore nez, y ont part dans la suite par la voye du rapport: & il y en a deux exemples; l'un pour la ligne directe, & l'autre pour la collatetale. Le premier est dans le cas qu'un ayeul ayant deux fils, & de l'un des deux, un seul petit-fils, fasse une donation considerable à ce petit-fils, à cause de laquelle le fils renonce dans la suite à la succession de l'ayeul, s'exemptant par là de la rapporter. Car s'il survient d'autres enfans à ce fils, à la verité ils ne pourront pas venir directement à la succession de leur ayeul, parce qu'ils n'estoient pas encore au monde lors de sa mort; mais comme le pere commun fils de l'ayeul n'a renoncé à sa succession, que pour se dispenser de rapporter la donation que l'ayeul avoit faite à leur frere, en quoy il est censé avoir fait une donation à ce premier né, abandonnant sa portion hereditaire pour conserver à cet aîné sa donation, ou pour éviter au moins de la rapporter luy-même, en ce cas ces nouveaux venus en partageant la succession du pere commun; obligeront leur aîné de rapporter la part que leur pere auroit euë dans la succession de l'ayeul.

Le second est expliqué au Liv. 3. chap. 6. des Rapports, sect. 3. nomb. 12. vers la fin.

On ne fait point icy de Chapitre ni de Section particuliere pour les insensez, les furieux & les prodigues, qui constamment sont tous capables de succeder aux conditions de leur interdiction, quoy que dans leurs additions & dans leurs acceptations, ils ayent les privileges des mineurs, selon ce qui est decidé par l'art. 272. de la Coutume d'Anjou. 13. Des insensez, furieux & prodigues.

CHAPITRE IV.

De la Succession des Descendans.

SECTION I.

Quel doit estre l'enfant, selon la nature, à l'effet de pouvoir succeder.

SOMMAIRE.

1. *Les questions qui regardent la naissance des enfans, sont une étrange application pour des Jurisconsultes.*
2. *Que l'enfant né avant le septiéme mois, n'est pas reputé viable.*
3. *Autoritez.*
4. *Réponses aux autoritez de l'opinion contraire.*
5. *Arrests sur ce sujet.*
6. *Il suffit que le septiéme mois soit commencé.*
7. *Opinion de Macrobe contraire.*
8. *Raisons de la premiere opinion.*
9. *Si l'enfant né au huitiéme mois est viable.*
10. *Raisons de douter.*
11. *Qu'il n'y a aucune Loy qui ait prononcé contre l'enfant né au huitiéme mois.*
12. *De l'enfant né dans le onziéme mois.*
13. *Conclusion pour l'enfant né à ce terme.*
14. *Arrest sur ce sujet.*
15. *Qu'il n'est point requis afin que l'enfant soit viable, qu'on ait entendu sa voix.*
16. *Qu'il peut naistre d'une femme morte un enfant qui ait vie.*
17. *Il faut que l'enfant soit à peu prés selon l'ordre de la nature.*
18. *Définition du monstre.*
19. *Que c'est à la teste que l'on juge le monstre.*

1. Les questions qui regardent

C'Est une application assez penible pour des Jurisconsultes, que de distinguer quels sont les veritables enfans qui meritent à ce titre de venir aux successions; car quoy que l'on se soit la naissance des enfans, sont

une étrange application pour des Jurisconsultes. fait là dessus une maxime generale de reputer pour enfans legitimes ceux qui viennent durant le mariage, *filius est quem nuptiæ demonstrant*, il y a des naissances tardives; il y en a de prématurées, qui arrivent au commencement d'un mariage; ou aprés une longue absence du mary; ou aprés sa mort, & dans ces cas particuliers l'on ne va pas bien loin avec cette regle.

2. Que l'enfant né avant le septiéme mois n'est pas reputé viable. Je dis en premier lieu, que l'enfant qui vient au monde avec le septiéme mois, ou n'est pas reputé avoir eu vie, ou s'il vit, il n'est pas legitime : c'est pourquoy si une femme accouche dans le 4. 5. ou 6. mois aprés un premier accouchement, quelque signe de vie que l'enfant ait donné, l'on présume qu'il n'a pas vêcu veritablement, puisqu'il n'est venu au monde que pour mourir aussi-tôt, & que le temps necessaire pour une formation, qui rende l'enfant viable; c'est à dire, le terme de sept mois, ne se rencontre pas en cette espece.

3. Autoritez. La Loy *Septimo mense ff. de statu hominum*, y est précise, & dit, *septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter autoritatem doctissimi viri Hippocratis, & ideo credendum est eum qui ex legitimis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse*. Que si l'enfant vient dans ce même temps de 4. 5. ou 6. mois depuis le mariage, il n'est pas legitime : de même si un mary ayant esté absent depuis un trés-long-temps, revient pour quelques jours seulement, & que sa femme accouche dans les 4. ou 5. mois, pourvû que les faits soient certains, l'enfant n'est pas legitime.

4. Réponse aux autoritez de l'opinion contraire. Aussi les Loix que l'on cite ordinairement pour montrer le contraire, & pour établir qu'il suffit que l'enfant ait des marques de vie, font toutes cette présupposition qu'il soit dans sa perfection; c'est à dire, qu'il y ait eû le temps necessaire pour la perfection du part, sans lequel il ne sçauroit vivre; & cette fameuse Loy *Quod certatum 3. C. de posth. hered. instit.* qui fait mention de la querelle des Sabiniens & des Proculeïens, dont les uns se contentoient que l'enfant donnât des signes de vie, les autres vouloient que sa voix fût entenduë, sans quoy ils n'estimoient pas qu'il eût vêcu : cette Loy, dis-je, en s'attachant à l'opinion des premiers, la limite neanmoins en ces termes : *eorum etiam nos laudamus sententiam & sancimus, si vivus perfectè natus est*. Or cette vie parfaite telle qu'il faut à l'enfant, pour pouvoir rester au monde, ne se peut acquerir que par l'espace de sept mois, selon le sentiment d'Hippocrate & des autres Medecins, & par consequent cette Loy se peut trés-bien concilier avec nôtre Loy *Septimo mense*, puisque l'une demande une maturité, dont le temps est défini par l'autre. Que si l'enfant qui est sorti avant ce terme, donne quelque marque de vie, c'est le plus souvent un effet de la chaleur qu'il a contractée dans le ventre de la mere, où les pores ayant esté resserrez, s'ouvrent & se dilatent, comme le liege, quand ils sont en liberté.

5. Arrests sur ce sujet. Enfin, les Arrests ont perpetuellement jugé, que les enfans nez avant le septiéme mois, ou n'avoient pas eu vie, ou n'étoient pas legitimes; ainsi l'Arrest du 17. Avril 1635. rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 3. chap. 9. jugea, qu'un enfant sorti à quatre mois & treize jours, depuis le mariage, & cela par l'operation cesarienne, n'avoit point eu vie. Monsieur Loüet en la Lettre E. nomb. 5. sur la fin, allegue un semblable Arrest de l'an 1587. rendu au rapport de Monsieur du Vair, au sujet d'un enfant né dans le cinquiéme mois, & un autre du 2. Decembre 1594. qui jugea, qu'un enfant sorti dans le quatriéme ou cinquiéme mois par l'effet de la même operation, n'avoit point vêcu, & que son pere ne luy avoit point succedé. Enfin, Monsieur d'Expilly plaid. 8. rapporte un Arrest de l'an 1605. par lequel le Parlement de Grenoble jugea, qu'un enfant venu six mois aprés le mariage d'un nommé Gonnard, n'estoit pas legitime, & condamna un certain Capitaine Rochefort, de luy administrer les alimens. Il y en en a un semblable du Parlement de Paris du 12. Juillet 1666. qui reçut les enfans legitimes, appuyez en cela de la declaration de la mere, à faire preuve que lors de son mariage elle estoit grosse de quatre mois du fait d'un autre que de son mary.

En second lieu, il suffit que le septiéme mois soit commencé, afin que l'enfant, qui d'ailleurs en a donné des marques, soit reputé avoir eu vie, ou afin qu'il soit censé legitime, ce qui est fondé sur la Loy *Intestato* au §. dernier *ff. de suis & legit. hered.* qui declare l'enfant parfait, lequel vient à 182. jours : Or comme les mois de l'enfantement sont lunaires; c'est à dire, qu'ils sont de 29. jours & 12. heures, les 182. jours de cette Loy *Intestato* font six mois & cinq jours, & la Loy disant, que l'enfant né à ce terme, est à temps, *de eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit & divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum*; il en faut conclure qu'un enfant né le premier jour du septiéme mois, peut estre viable & legitime. *6. Il suffit que le septiéme mois soit commencé.*

L'on ne suit point à cet égard l'opinion de Macrobe, lequel au liv. 1. *in somn. Scip. cap. 6.* dit, que l'enfant n'est viable qu'aprés les sept mois accomplis. En effet, l'on défere beaucoup plus en ces matieres au Medecin, qu'au Philosophe : & c'est pour cela que le Jurisconsulte Paulus dans la Loy *Septimo mense ff. de statu hom.* & Ulpien dans nôtre Loy *Intestato*, au §. dernier *ff. de suis & legitim. hered.* ne citent que l'opinion d'Hippocrate, & non celle d'Aristote, qui est neanmoins de même avis, liv. 7. de l'Histoire des animaux chap. 4. & liv. 4. de la generation des animaux chap. 6. *7. Opinion de Macrobe contraire.*

L'on tient donc que le commencement du septiéme mois est heureux pour l'enfant, qui est au ventre de la mere; que c'est un nombre accompli, parce qu'il excede la premiere moitié de l'année, & entame la derniere, & qu'alors la nature peut faire faire à l'enfant un nouvel effort pour venir au monde : qu'il est parfait en ce temps; quoy qu'il le soit moins, que quand il a achevé le septiéme mois, qui est un nombre dans lequel on trouve, où l'on croit trouver une infinité de perfections. Monsieur Cujas *ad lib. 4. sent. Pauli tit. 9. §. 7.* Macrobe *ad somn. Scip. lib. 1. c. 6.* Aulug. *Noct. Att. lib. 3. cap. 16.* Cependant Ariston, Roy de Lacedemone, ne voulut point reconnoistre Démarate pour son fils, parce qu'il estoit venu à sept mois, & il fut confirmé dans son opinion par un Oracle de la Pithie; ce qui le jetta dans des embaras, où il perdit la Couronne. *8. Raisons de la 1. opinion.*

En troisiéme lieu, c'est une question assez difficile pour le Jurisconsulte, que de sçavoir si l'enfant est viable au huitiéme mois; car la plûpart des Medecins & des Philosophes concluent pour la negative, & l'experience est presque certaine à cet égard. Mais les raisons qu'ils alleguent suffisent à peine pour établir une juste difference pour laquelle on juge l'enfant viable à sept mois, & non pas à huit. Quelques-uns disent, que l'enfant *9. Si l'enfant né à huit mois est viable.* *10. Raisons de doute.*

l'enfant pouvant naître à sept moins, se fait un mouvement pour sortir du ventre, qui l'épuise si fort, que lorsqu'il ne sort pas à ce terme, il luy faut tout le huitiéme mois, au moins, pour se reparer.

D'autres disent, que l'enfant n'ayant pas eu assez de force pour sortir au septiéme mois, il se retourne dans le ventre de la mere, & s'y fait une nouvelle situation, où il luy faut deux mois pour se perfectionner ; à quoy l'on ajoûte l'experience qui enseigne, que le part n'est pas viable à huit mois, & sur laquelle l'on s'est le plus appuyé. Enfin Hippocrates ayant suivi cette opinion, en un livre qu'il a fait du part de huit mois, au commencement, plusieurs Interpretes du Droit qui ont vû que la Loy *Septimo mense ff. de statu hom.* & la Loy *Intestato* au §. dernier, *ff. de suis & legit. hered.* se rapportoient à luy touchant le temps de l'enfantement, l'ont suivi dans cette opinion, & principalement Balde, liv. 1. cons. 128. sur la fin, & liv. 5. cons. 113. nomb. 5.

11. Qu'il n'y a aucune Loy qui ait prononcé contre l'enfant né à huit mois.

Ce qui est de certain, c'est qu'il n'y a aucune Loy dans tout le Droit, qui ait prononcé contre l'enfant qui vient au huitiéme mois ; qu'il y a des Philosophes d'une tres-grande autorité, qui tiennent, que l'enfant est viable à ce terme, & entr'autres Aristote au 7. de l'Histoire des animaux, chap. 4. & que plusieurs de nos Auteurs n'en ont fait aucune difficulté, comme Bertrand cons. 207. nomb. 5. liv. 1. Cepola cons. civ. 50. Paris. cons. 146. & plusieurs autres, qui conviennent, que comme chez les Naturalistes & les Medecins il y a plusieurs exemples, qui sont rapportez d'enfans, qui estant venus dans le huitiéme mois, n'ont pas laissé de vivre, il les faut reconnoître pour legitimes, quand ils vivent ; & quand un mari ayant esté absent depuis plusieurs années, n'est revenu chez luy que pour quelques jours, l'enfant qui naîtra au huitiéme mois sera legitime : & que de même si l'enfant vient au huitiéme mois depuis le mariage, pourvû qu'il donne des marques de vie, il est reputé venu à terme, & que son pere luy peut succeder : aussi l'on ne voit aucun Arrest dans les Livres, qui ait jugé le contraire.

12. De l'enfant né dans le onziéme mois.

En quatriéme lieu, il est constant, que par l'ancien Droit, c'est à dire, par celuy des douze Tables, & par le Droit du Digeste, l'enfant né dans le onziéme mois n'estoit pas legitime, la Loy 3. au §. *post decem 11. ff. de suis & legit. hered.* y est précise ; elle dit, *post decem menses mortis, natus non admittetur ad legitimam hered.* à quoy l'on rapporte un fragment de la Loy des douze Tables en termes à peu prés semblables. Mais aussi l'on peut soutenir avec beaucoup de vray-semblance, que par le dernier Droit le part estoit censé legitime jusqu'au onziéme mois complet : car la Novelle 39. chap. 2. ne se détermine de juger en une espece particuliere, que l'enfant n'appartenoit pas au premier mari, que par cette circonstance qu'il estoit venu au monde passé le onziéme mois. *Nondum enim completo anno undecimo mense perfecto peperit, ut non esset possibile dicere quia de defuncto fuisset partus, neque enim in tantum tempus conceptionis extensum est*, & au §. 1. *unde sancimus si quid tale contigerit & ante tempus luctus peperit mulier circa terminum anni, ut indubitatum sit sobolem non ex priore consistere matrimonio &c.* où l'on voit que l'Empereur a signifié qu'un part qui ne seroit pas arrivé passé le onziéme mois, auroit esté reputé des œuvres du premier mari.

13. Conclusion pour l'enfant né à ce terme.

Quoiqu'à vray dire, il n'y a pas grande certitude dans cette forme de raisonnement, ce texte n'a pas laissé de servir de fondement à l'opinion de ceux qui croyent que l'enfant né dans le onziéme mois est legitime ; ce qui d'ailleurs ne semble pas éloigné de la raison, puisqu'il peut y avoir des causes physiques de retardement, comme lorsque la douleur de la mort du mari refroidit les entrailles de la mere, & que d'ailleurs la nature pouvant retarder d'autant la consommation de cet ouvrage, comme elle le peut avancer, & estant défini par le Droit, que le part est censé viable & legitime à sept mois, il faut dire qu'il doit estre aussi censé legitime à onze mois, le septiéme & le onziéme mois estant également distans du neuviéme, qui est le terme naturel & ordinaire. C'est le sentiment d'Accurse sur la Loy *Gallus ff. de lib. & posth.* de Monsieur Tiraqueau sur la Loy *Si unquam*, sur les mots *susceperit liberos n. 210.* & de plusieurs autres, dont quelques-uns se fondent sur un Edit de l'Empereur Adrien, rapporté par Aulugelle, liv. 3. de ses nuits Attiques, chap. 16. qui est précis : car il dit, *quoniam decemviri in decimo mense gigni hominem non in undecimo scripsissent, sed divum Adrianum postea causa cognita decrevisse in undecimo quoque mense partum edi posse, idque ipsum hujus rei decretum nos legimus in hoc decreto Adrianus se statuere dicit requisitis veterum Philosophorum & Medicorum sententiis* ; mais jusqu'à present l'on n'a point trouvé cet Edit.

14. Arrests sur ce sujet.

Quoy qu'il en soit, sur ces raisons & sur ces autoritez, il y a eu plusieurs Arrests qui ont declaré, que des enfans nez dans le onziéme mois estoient legitimes, & entre les autres un du 2. Aoust 1649. dans cette espece, qu'un nommé Jean Pelors, Marchand de la ville de Lyon, ayant contracté mariage avec Madeleine Berard, peu aprés estoit tombé en paralysie, & s'estoit fait porter aux bains de Barbotan, où il avoit demeuré environ un an, pendant lequel & au bout de dix mois & neuf jours, à compter depuis son départ, sa femme avoit accouché d'une fille : car quoique la femme eût passé declaration que l'enfant n'estoit point des œuvres de son mari, & qu'il y eût preuve par les informations de l'assiduité qu'un jeune homme avoit euë auprés d'elle pendant cette absence, l'on jugea l'enfant legitime. Il y en a encore un du 6. Septembre 1653. rendu au rapport de M. Maynardeau Champré, qui declara legitime une fille née à onze mois aprés la mort du mari, & qui est rapporté par du Fresne, liv. 7. chap. 25.

15. Qu'il n'est point requis, afin que l'enfant soit censé viable, qu'on ait entendu sa voix.

Enfin, on n'a point suivi l'opinion des Proculeïens, qui croyoient que si l'on n'entendoit point la voix de l'enfant, il n'estoit pas reputé viable, comme si la douleur ne pouvoit pas suspendre les cris de l'homme naissant, & si la nature attentive à d'autres choses, ne pouvoit pas dans un petit espace de temps vivre & mourir sans se plaindre : Au contraire, l'on peut dire que l'enfant qui se tait ainsi en naissant, subsiste en partie par son silence, parce que la nature ménage ses forces pour prolonger sa vie, & évite de les dissiper en des accens superflus ; aussi la Loy *Quod certatum 3. C. de posth. hered. instit.* ne demande autre chose, sinon *quod perfectè natus sit.*

16. Qu'il peut naître d'une mere morte un enfant qui ait vie.

On n'a pas plus adheré à ceux qui soûtenoient que d'une mere déja decedée, il ne pouvoit venir un enfant qui eût vie ; ce que l'experience journaliere condamne aussi-bien que la Loy 141. *de verb. signif.* L'une & l'autre nous apprend, que l'enfant reçoit souvent la vie dans le sein de la mort, & ne commence à vivre qu'aprés que la mere est privée du jour.

17. Il faut que l'enfant soit à peu prés selon l'ordre de la nature.

Au surplus, il ne suffit pas, que l'enfant vienne à tel terme qu'il soit reputé viable, il faut qu'il soit à peu prés formé selon l'ordre de la nature, c'est la disposition de la Loy *Non sunt liberi 14. ff. de statu hominum*, qui dit, *non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit:* & la définition du monstre se peut tirer de la Loy *Quaret aliquis 135. de verb. signif.* qui porte, que l'enfant doit passer pour monstrueux, quand il predomine en luy des caracteres, qui effacent ceux de l'humanité, *qualem visu vel vagitu novum non humanæ figuræ, sed alterius magis animantis:* hors cela les vices du corps les plus notables, n'empêchent point que l'enfant ne soit reputé dans l'ordre de la nature, & c'est à l'ame raisonnable que l'on reconnoit le doigt de Dieu & la formation de l'homme.

18. Definition du monstre.

Aussi la Loy *Non sunt liberi*, qui vient d'estre citée, ajoûte, *partus autem qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, & ideo inter liberos connumerabitur:* & la Loy *Quod certatum C. de posth. hered. instit.* use de ces termes, *ad nullum declinans monstrum*, où le mot *declinans* ne veut pas dire, que le part ne doit pas approcher du monstre; mais il signifie que le part ne doit pas degenerer en un monstre: or la teste qui est le siege de l'entendement, estant la plus noble partie de l'homme, en fait aussi le principal caractere: c'est pourquoy si la nature s'avise d'assortir une teste d'animal avec un corps humain, cette production est reputée monstrueuse, & l'on peut supprimer un tel part sans aucun crime, suivant la Loy des douze Tables, qui dit, *monstrosos partus sine fraude cedunto:* mais si à un corps humain la nature avoit agencé des pieds de chevre, pourvû que la teste fût de l'homme, l'on estime que le part ne laisseroit pas d'estre legitime; aussi on luy administreroit le baptême, & il seroit capable de succeder: *si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat, & hoc tamen rumpit*, dit la Loy *Quod dicitur 12. §. 1. ff. de lib. & posth.*

19. Que c'est à la teste que l'on juge le monstre.

SECTION II.

Quel doit estre l'enfant, selon la Loy, à l'effet de pouvoir succeder.

SOMMAIRE.

1. *De la maxime* filius est quem nuptiæ demonstrant.
2. *Deux sortes de presomptions.*
3. *Que la presomption qu'induit la maxime* filius est, *n'est qu'une presomption* juris.
4. *Supposition de part.*
5. *Que l'âge du mari ni de la femme ne fait point preuve contre l'état de l'enfant.*
6. *Ni l'adultere.*
7. *La declaration de la mere ne porte point préjudice à l'état de l'enfant.*
8. *De la possession de l'état.*

1. De la maxime *filius est quem nuptiæ demonstrant.*

Il y a une maxime dominante dans cette matiere, qui par une définition generale apprend à tout le monde qui sont les enfans legitimes, & qui dit, *justus est filius quem nuptiæ demonstrant:* cependant cette maxime si universellement reçûë pour le repos des familles, ne fait pas une preuve, mais une simple presomption de la filiation: Or il y a deux sortes de presomptions; l'une que l'on appelle *præsomptio juris*, parce que non seulement elle fait pancher les sentimens du Juge; mais elle détermine la Loy; c'est pourquoy elle suffit seule, & ne demande point d'adminicules: c'est ainsi que si quelqu'un garde une femme ou une concubine avec luy, & qu'il passe avec elle les jours & les nuits, l'on presume qu'il y a eu autre chose que l'esprit qui a eu part à ce commerce, & que les enfans ne sont pas d'un autre: & c'est le cas de la Loy *Si vicinis 9. C. de nupt.* L'autre, qui s'appelle *juris & de jure*, qui non seulement determine la conscience du Juge, & la Loy même; mais encore ne souffre pas que l'on allegue des preuves du contraire, & qui s'appelle ainsi, parce qu'elle conclut pour ce qui est de Droit & selon les Loix. C'est ainsi que s'il s'est celebré en face de l'Eglise un mariage entre deux personnes, l'on doit conclure que chacune d'elles y a consenti, & que le mariage a esté libre & volontaire, & c'est la disposition du chap. *is qui, extra de sponsal.*

2. Deux sortes de presomptions.

3. Que la presomption qu'induit la maxime *filius est*, n'est qu'une presomption *juris*.

Cela presupposé, l'on peut bien dire que cette regle, *filius est quem nuptiæ demonstrant*, induit une presomption du premier genre, parce qu'elle détermine la conscience du Juge & la décision de la Loy; mais on ne peut pas dire qu'elle soit de celles que l'on appelle *juris & de jure*, & qu'elle ne souffre point de preuves du contraire, puisque nous voyons en la Loy *filium 6. ff. de his qui sunt sui vel alieni*, qu'une absence, ou une maladie, qui ôte la faculté d'engendrer, est un juste sujet de contester l'état d'un enfant: *Sed si fingamus abfuisse maritum verbi gratiâ per decennium, reversum anniculum invenisse in domo, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti filium;* & ensuite: *Sed mihi videtur quod & Scævola probat, si constet maritum aliquando non concubuisse infirmitate interveniente, vel alia causa, vel si ea valetudine paterfam. fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.* Quoiqu'on doit estre averti, qu'il faut que l'absence & la maladie soient telles, qu'elles produisent une impossibilité physique & morale: car autrement l'on presume volontiers pour l'honneur des femmes, & l'on presuppose que le mari absent est revenu à sa femme, quoiqu'il n'ait pas esté vû, que la nature a fait effort en la personne du mari malade, & que l'un ou l'autre estant en prison, l'amour conjugal s'est fait jour, & a vaincu tous les obstacles, qui ne sont pas naturellement invincibles; ce que j'ay vû juger à l'occasion d'une femme accusée d'adultere, qui devint grosse pendant sa prison, & cela sur le simple certificat d'un garçon geolier, qui attestoit que le mari luy avoit rendu visite.

4. Supposition de part.

L'on reçoit aussi la preuve de la supposition de part suivant la Loy 1. §. *ult. ff. de Carbon. edict.* Cette accusation a souvent réussi comme en la cause des sieurs Gartin & consors, heritiers de Maistre René Pitard President au Grenier à Sel de Mayenne, contre Damoiselle Marguerite de

Brachet, Dame de Nery, par Arrest d'Audience du 21. Juillet 1633. rapporté par du Fresne liv. 2. chap. 114. & par Maistre Claude Henris tom. 2. liv. 6. qu. 19. & dans la fameuse Histoire de saint Geran, préjugée par Arrest du 18. Aoust 1657. & depuis decidée par Arrest definitif.

5. Que l'âge du mary ni de la femme ne fait point preuve contre l'état de l'enfant.

Au contraire l'âge du mari ni celuy de la femme, quelque vieux qu'ils soient, ne fait point preuve contre l'état de l'enfant, & ne fait point manquer la maxime *filius est quem nuptiæ demonstrant*, la Loy *Julia & Papia*, qui défendoit aux hommes de se marier au dessus de soixante ans, & aux femmes au dessus de cinquante ans, ayant esté abrogée par Justinien en la Loy penult. *C. de nupt.* les enfans qui viennent aux conjoints qui passent cet âge, ne sont point contre la Loy. Il y a bien quelque sorte de presomption qu'une femme n'enfante pas au delà de sa cinquantiéme année, suivant la Loy *si sterilis 21. ff. de act. empti*; mais la Loy qui admire cette production, ne la condamne pas par cette seule circonstance, *licet mirabilis hujusmodi partus inveniatur, & raro contingat, nihil tamen eorum quæ probabiliter à natura noscuntur esse producta, respui*, dit la Loy *si major 12, C, de legit. hered.*

6. Ni la preuve de l'adultere.

La preuve de l'adultere ne donne pas non plus d'atteinte à l'état des enfans, ils peuvent estre legitimes, quoique nez d'une mere adultere : & dans le doute, l'on juge en faveur de leur état. Nous en avons une disposition précise en la Loy *Miles 11. §. quæ propter 9. ff. ad Jul. de adult.* & l'Arrest que je viens d'alleguer au nombre 3. justifie que l'on se soumet à cette Jurisprudence. [☞ Nous avons aussi l'Arrest des d'Antons du 2. Mars 1598. qui rejetta la condition d'une institution en ces termes : J'institue les enfans de mon fils, pourvû qu'ils prouvent qu'ils soient legitimes; sinon je leur legue par aumône 1000. écus d'or. Cet Arrest est rapporté par M. A. Mornac, sur la Loy 6. *ff. de his qui sunt sui vel alieni juris.*]

7. La declaration de la mere ne porte point préjudice à l'état de l'enfant.

C'est aussi une maxime tres-constante, que la declaration de la mere ne porte point préjudice à l'état de l'enfant, suivant la Loy 1. au §. *si quis 4. ff. de Carbon. edict.* & la Loy 26. *C. de transact.* où il est dit, *transactione matris filios ejus non posse servos fieri, notissimi juris est.* Que si la declaration contraire ne suffit pas pour justifier la naissance, suivant la Loy *Imperatores 29. §. 1. ff. de probat.* la Loy *non nudis asseverationibus C. eod.* & la Loy *neque professio C. de testam.* l'on peut dire à plus forte raison, qu'une mere qui desavouë son fils, ne détruit pas son état; car l'on panche beaucoup plus pour la declaration qui favorise l'état de l'enfant, que pour celle qui luy est contraire, suivant la Loy 1. *Julianus ff. de agnoscend. lib.* & la glose d'Accurse sur le mot *pro filio*, au mêmme lieu. Aussi dans l'Arrest du 2. Aoust 1649. l'on n'eut aucun égard à la declaration passée par Madeleine Berard, portant que l'enfant dont elle estoit accouchée n'estoit pas de Jean Pelors son mari, quoique l'accouchement arrivé dix mois neuf jours depuis l'absence de Jean Pelors, rendît cette declaration fort vray-semblable. J'ay encore vû rendre sur les mêmes principes un Arrest à la Tournelle, le Samedy 26. Janvier 1664. par lequel, sans avoir égard à l'interrogatoire d'une mere, dans lequel elle avoit reconnu son adultere, & que l'enfant dont il estoit question, n'estoit pas de son mari, qui d'ailleurs estoit un vieillard de 70. ans accablé de maladies, l'on confirma l'état de l'enfant. Il y a aussi un Arrest du Parlement de Thoulouse, lequel est rapporté par Monsieur de Cambolas liv. 3. chap. 22. lequel ordonna que nonobstant la declaration de la mere, qui s'accusoit elle-même de s'estre supposé un enfant pris à l'Hôpital, pour empêcher l'effet d'une substitution faite à son mari, en cas qu'il decedât sans enfans, l'enfant dont on avoit contesté l'état, seroit enterré dans le sepulchre de la famille.

8. De la possession de l'état.

Au surplus la possession de l'état est d'un tres-grand poids en ces matieres, & l'on se dispense difficilement de reconnoistre pour legitime un fils qui est né d'un pere & d'une mere qui ont toûjours passé pour mari & femme, & qu'ils ont toûjours aussi reconnu pour leur fils legitime, je ne dis pas seulement dans le Droit, suivant la Loy *filium 6. ff. de his qui sunt sui vel alieni juris*, & la glose sur la Loy *Titia ff. solut. matrim.* & l'Authentique *licet quib. mod. natur. effic. leg. §. licet*: mais je dis dans la rigueur de nos regles, qui empêche que l'on ne présume les mariages. En effet, l'on n'a pas toûjours esté trop exact à faire écrire dans les Registres des Paroisses la preuve des mariages. On a vû plusieurs Paroisses, même de cette ville de Paris, dont les Registres de mariage estoient perdus; cela a esté encore plus frequent dans les Provinces, où plusieurs se contentoient de prendre des certificats de mariage, sans en laisser aucun monument dans les Registres, plusieurs qui avoient pris cette précaution de faire inscrire l'acte de la celebration de leur mariage dans les Registres, ont trouvé que dans la suite ils avoient esté adhirez. Au milieu de cela la possession d'un mariage legitime a déterminé les Juges; on a consideré que le droit naturel faisoit presumer les enfans legitimes, Authentique *quib. mod. nat. effic. sui, cap. 1. vers. natura.* & que les Loix estant survenuës, qui demandent des ceremonies pour les mariages, l'on présume tout ensemble ce qui est du droit naturel & du droit positif, lorsque d'un côté ne trouvant point d'acte de celebration de mariage; de l'autre voyant une longue possession d'un mariage, beni par la naissance de quelques enfans, l'on conclut pour leur état. Le mariage legitime a ses marques & ses caractéres exterieurs, le vice du concubinage a les siens: le public ne se trompe pas long-temps sur une habitude qui n'est pas dans l'ordre. L'on a vû juger quelque chose de semblable au profit de la veuve de Maistre Doüin Procureur en la Cour, à qui il manquoit un extrait de mariage, mais qui estoit en possession de son état depuis 48. ans.

La declaration du pere & de la mere, quand ils disent qu'ils ont eu un fils de leur mariage, fait aussi beaucoup pour l'état de l'enfant. Menoch. *lib. 6. præs. 54. n. 32.* & cela principalement quand elle est faite exprés, & par des actes authentiques, comme des actes de Baptême. Cependant nous avons vû juger au Palais contre l'état des Monglats, qui estoient baptisez comme enfans de Jean Monglat & de Loüise Florentin sa femme; mais le pere n'avoit pas signé les baptistaires. Que si un pere avoit souscrit un extrait baptistaire ainsi conçû, je ne ferois aucune difficulté de juger l'état; & comme Tite-Live ayant à justifier qu'un nommé Cornelius Cossus avoit esté Consul, dit qu'il n'en peut rapporter de meilleure preuve qu'un certain trophée qui s'étoit trouvé dans un Temple, où il avoit écrit ces mots, *Cornelius Cossus Consul*, n'estant pas à presumer qu'un homme eût esté assez hardi pour s'attribuer ainsi un faux titre & une fausse qualité en presence de Jupiter & de Romulus, qui auroient esté des témoins redoutables de son parjure. *Quum author pugnæ recentibus spoliis in fa-*

cra ade positis, Jovem prope ipsum cui sacra erant, Romulumque intuens, haud spernendos falsi tituli testes, sese Cornelium Cossum Consulem scripserit. On peut dire qu'un pere qui souscrit sur les Registres d'une Eglise, que l'enfant qui a esté baptisé est son fils, & d'une telle sa femme, fait une preuve convaincante de l'état de son fils, non seulement contre un donataire du Droit de bâtardise; mais contre des heritiers collateraux. De plus, le traitement paternel & certaines graces qui ne se font qu'à des enfans legitimes, comme de marier un fils pour son principal heritier : ou de l'instituer par testament, sont encore de fortes presomptions pour l'état de l'enfant.

La charge de justifier l'état appartient à celuy qui va contre la possession. *L. circa eum 14. ff. de probat. & presomption.* Menoch. *de pres. lib. 6. p. 54.* & nous en avons une tres-belle décision dans l'art. 3. de la Rubrique des Probations d'instrumens de la Coutume de Bearn.

SECTION III.

De l'enfant qui est conçû.

SOMMAIRE.

1. *L'enfant est reputé né au moment de sa conception.*
2. *Combien d'enfans l'on doit attendre d'une grossesse.*
3. *Qu'il faut s'attacher au nombre de trois dans le Droit.*
4. *Au nombre de deux parmi nous.*

1. L'enfant est reputé né au moment de sa conception. L'ENFANT qui est encore dans le ventre de la mere, n'est pas moins compté entre les heritiers, que celuy qui est déja né, & c'est une maxime, que toutes les fois qu'il y va de son interest, on le considere comme estant au monde, suivant la Loy *Antiqui 3. ff. si part hereditatis petatur.*

2. Combien d'enfans l'on doit attendre d'une grossesse. Que s'il doit estre seul dans le plus prochain degré, les degrez suivans attendent le succés des couches; mais quand il y a d'autres heritiers du même degré, l'on doute sur quel nombre d'enfans faire fond, & si l'on doit attendre un seul enfant de la grossesse d'une femme, ou si l'on doit compter sur un plus grand nombre; par exemple, lorsqu'il s'agit de faire un payement à des heritiers, ou de faire un partage provisionnel. La Loy *Utrum 7. ff. de reb. dub.* s'explique assez, qu'il faut présupposer qu'il peut naistre trois enfans d'un même accouchement; & dit que s'il en vient plus, c'est un prodige, *sed tamen quod ultra tres nascitur ferè portentosum videtur.* Quoique cette même Loy rapporte que l'on fit venir devant l'Empereur Adrien une femme d'Alexandrie nommée Serapie, qui estoit accouchée de cinq enfans. La Loy *Si pater meus 36. ff. de solut. & liberat.* laisse la chose dans l'incertitude, en disant qu'il en peut naistre jusques à cinq, suivant Aristote.

3. Qu'il faut s'attacher au nombre de trois dãs le Droit. L'on peut dire qu'il faut s'attacher au nombre de trois, comme le plus grand, selon la nature, tant par la raison de la Loy *Utrum 7. ff. de reb. dub.* qu'en consequence de la disposition précise de la Loy *Sed & si §. ult. ff. de judiciis,* qui dit, que lorsqu'un pere est decedé ayant déja un fils & laissant sa femme enceinte, dans l'incertitude le fils n'a pas pû exiger la moitié des dettes actives; mais seulement la quatriéme partie, *quia incertum esset an tres nascerentur. Nec rerum naturam intuendam in qua omnia certa essent, cum futura utique ferent, sed nostram inscientiam aspici debere;* & en consequence de cette fameuse Loy *Antiqui 3. ff. si pars hereditatis petatur,* qui rapporte des prodiges sur ce sujet, & se détermine à dire avec les Loix qui viennent d'estre citées, que l'on doit esperer trois enfans, & qu'ainsi l'enfant déja né doit demander seulement une quatriéme partie de la succession, & elle finit en disant, *Ideoque & si unum paritura sit, non ex parte dumidia, sed ex quarta interim heres erit.*

Monsieur le President Brisson estoit neanmoins d'avis qu'en France on ne devoit compter en pareil cas que sur deux enfans, selon le rapport de Maistre Antoine Mornac sur la Loy *Sed etsi* au §. dern. *ff. de judic.* où il dit, *Cùm autem proposita aliquando fuisset ea quæstio Ludovico Brissonio, putavit aliud respondendum esse in Gallia, ubi duos nasci sæpe accidit: sed tres non.* Et j'inclinerois assez pour cette opinion, parce que c'est un prodige chez nous, qu'un part qui excede le nombre de deux enfans; comme c'en estoit un chez les Romains qu'il excedast le nombre de trois: & s'il ne se faut pas attacher icy à ce qui arrive ordinairement, mais plûtost à ce qui peut arriver, il ne faut pas aussi se regler sur des especes si rares & si extraordinaires, *tot. tit. de leg.* En effet, les femmes peuvent estre moins fecondes en France qu'en Italie, comme elles le sont plus en Egypte, au rapport d'Aristote, qu'en aucun lieu du monde. 4. Au nombre de deux parmi nous.

SECTION IV.

Comment les descendans succedent aux ascendans.

SOMMAIRE.

1. *Les enfans toûjours preferez dans les successions.*
2. *Quels enfans venoient à la succession par la Loy des XII. Tables.*
3. *Rappel des émancipez.*
4. *De la Novelle 118.*
5. *Du Senatusconsulte Orphitien, qui appelle les enfans à la succession de leur mere.*

1. Les enfans toûjours preferez dans les successions.

LORSQUE l'enfant est formé selon la nature & selon la Loy, il est toûjours preferé dans les successions, & quoique les pere & mere d'un deffunt luy soient au même degré que ses enfans, l'on a suivi en cela le vœu des peres & meres mêmes, qui leurs destinent ordinairement leurs successions, bien loin qu'ils aspirent à leur succeder : mais la Loy des douze Tables distinguoit, & n'appelloit aux successions que les enfans qui estoient sous la puissance du pere lors de son decés, & excluoit par consequent les émancipez, selon le §. *emanciparti* 9. aux Instit. *de heredit. qua ab intest. defer.* Comme aussi elle excluoit les enfans de la succession de leur mere, parce qu'elle n'en avoit aucuns sous sa puissance, suivant la Loy *Nulla fœmina ff. de suis & legit. hered.*

2. Quels enfans venoient à la succession par la Loy des 12. Tables.

3. Rappel des émancipez.

Dans la suite l'équité naturelle porta le Preteur à faire grace aux émancipez, & à leur donner la possession des biens pour telle part & portion qu'ils auroient euë, s'ils avoient esté sous la puissance du pere, laquelle possession s'appelle *unde liberi*, *L. 1. §. 1. ff. si tab. testam. nulla extab.* & il les obligea en même temps de rapporter à la masse des biens du pere, ce qu'ils avoient acquis de son vivant. Et à la fin l'Empereur Justinien par sa Nov. 118. chap. 1. osta cette difference, qui avoit lieu dans les successions entre les enfans, qui estoient demeurez sous la puissance du pere, & les émancipez; & suivant les traces de la nature, il égala tous les enfans dans la faculté de succeder à leur pere, en quoy les émancipez trouverent un avantage considerable : car ne pouvant venir auparavant que par le secours du Preteur, ils n'avoient qu'un an pour obtenir la possession des biens; au lieu qu'estant appellez de droit à la succession, ils avoient une action perpetuelle, selon la Loy, *Licet C. de jure delib.* & en consequence de ce dernier droit, quand un ayeul a émancipé son fils & a retenu son petit-fils en sa puissance, le fils exclut le petit-fils en la succession de l'ayeul.

4. De la Nov. 118.

5. Du Senatusc. Orphitien, qui appelle les enfans à la succession de la mere.

D'un autre côté l'on trouva qu'il y avoit de la dureté d'ôter aux enfans la succession de leurs meres, sous pretexte qu'ils ne portoient pas son nom, & qu'ils n'estoient pas sous sa puissance, & de leur preferer des collateraux; c'est pourquoy il fut fait un Senatusc. qui s'appella *Orphitien*, du nom du Consul qui estoit alors, par lequel on rendit aux enfans la succession de leurs meres; ce qui avoit lieu même à l'égard des bâtards, suivant le §. *novissime 3.* aux Instit. *de Senatusc. Orphit.* comme par un autre, qui fut appellé *Tertyllien*, l'on donna aux meres la succession de leurs enfans. Enfin, le Senatusc. Orphitien n'appellant que les enfans à la succession de leur mere, & non les petits-enfans à la succession de leur ayeule, les Empereurs Valentinien, Theodose, & Arcade, les appellerent aussi à cette succession, comme il se voit en la Loy *Si defunctus 9. ff. de suis & legit. lib.*

Ainsi par le dernier Droit tous les enfans sont heritiers de leurs pere & mere, mais ils ne succedent pas toûjours seuls : car par la disposition de l'Authentique *preterea C. unde vir & uxor*, une femme qui a esté mariée sans dot, & qui n'a point d'autres biens, succede avec les enfans pour une quatriéme partie, s'il n'y a que trois enfans, ou moins; & pour une portion virile, s'il y en a plus. Et à l'égard des bâtards, non seulement ils succedoient à leur mere quand ils estoient seuls; mais encore quand elle laissoit des enfans legitimes, si ce n'est qu'elle eût esté d'une condition illustre, selon la Loy penult. *C. ad Senatusc. Orphit.* & comme l'habitude d'une concubine estoit une image & une espece de representation du mariage, les enfans nez d'une concubine, succedoient aussi au pere, pourvû qu'il n'eût laissé ni femme ni enfans legitimes; mais pour un sixiéme seulement, lequel ils partageoient avec leur mere, suivant la Nov. 89. chap. 12. §. 4.

6. Qui pouvoit succeder avec les enfans legitimes.

Au reste, il est necessaire de sçavoir que quelques Docteurs, & entr'autres Monsieur Cujas, ont eu une opinion assez singuliere sur l'explication de la Nov. 118. chap. 1. car ils ont crû que la difference qui estoit dans l'ancien Droit entre les enfans qui estoient en puissance, & les émancipez, n'estoit pas si bien ôtée par la Nov. 118. qu'encore qu'ils fussent également appellez par cette Novelle à la succession, neanmoins les émancipez venoient toûjours par l'Edit du Preteur, & les autres par la disposition du Droit Civil : *vocantur*, dit Monsieur Cujas, *tam sui, quam emancipati, sed diverso jure, sui jure civili, emancipati jure Pretorio, quam differentiam hac Novella non tollit* : d'où il conclut que le fils émancipé n'exclut pas ses propres enfans dans la succession de l'ayeul; mais qu'on les met ensemble, & qu'ils ont une part conjointement, suivant l'Edit de l'Empereur Julien, & le titre du Digeste *de conjung. cum emanc. lib. ejus.* Mais la plus commune opinion est que la Nov. 118. a entierement ôté cette difference des émancipez & des autres, & c'est à mon avis le parti le plus soûtenable, puisqu'il a son fondement sur les termes de la Loy qui sont tels : *Nulla introdu-*

7. Opinion singuliere de Monsieur Cujas sur la Nov. 118. que les émancipez viennent encore *jure Pretorio*, & avec leurs enfans qui sont restez sous la puissance de l'ayeul.

8. Que l'opinion commune est contre M. Cujas.

venda differentia sive masculi, sive fœminæ sint, & seu ex masculorum, seu ex fœminarum prole descendant, sive sua potestatis, sive sub potestate sint constitui; or ces termes *nulla introducenda differentia*, sont generaux & indéfinis, & ne souffrent point d'exception : ainsi j'estime que le fils émancipé exclud ses propres enfans dans la succession de son pere, quoique son pere les eût conservez sous sa puissance, & que l'action de l'émancipé pour demander sa part hereditaire dure autant que s'il estoit demeuré sous la puissance de pere. C'est aussi l'opinion de la glose sur le tit. du dig. *de conjung. cum emanc. lib. ejus*, d'Alexandre, de Jason, & de plusieurs autres Docteurs citez par Michel Graff. *§. suitas qu. 4. n. 9.* ausquels il faut joindre le sentiment du docte Gudelin *de jure nov. lib. 2. cap. 13. n. 18.*

9. Pourquoi il a fallu des dispositions de Coutumes pour faire venir les enfans à la succession.

Pour venir à present à nostre Droit François, il semble que nous n'avions pas besoin d'articles de Coutumes pour ajuger aux enfans la succession des peres; la raison naturelle suffisoit, & c'est une Loy tacite qui est si bien gravée dans le cœur des hommes, que les autres Loix s'en pouvoient reposer sur l'ordre naturel : *Cum ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis parentum hereditatem addiceret*, dit la Loy 7. *ff. de bon. damnat.* Aussi la Loy uniq. *C. de impon. lucrat. descript.* declare que ce n'est ni le pere ni la Loy qui defere la succession directe; mais qu'elle passe aux enfans comme par un cours naturel, *non largientibus etiam dominis; ipsa propinquitatis serie deferuntur.*

10. Raisons tirées des anciens Coutumiers.

Cependant comme la Loy ne decide jamais sans qu'il y ait quelque sujet de douter, qui merite sa disposition, il faut observer que la plûpart des Coutumes qui déferent expressément aux enfans la succession des peres, lès appellent par égales portions, & c'est là le principal sujet de leur disposition, dautant que l'on voit dans quelques anciens Coutumiers, que les enfans de l'un & de l'autre sexe qui avoient esté mariez par pere & mere, estoient exclus de leurs successions, lorsqu'il y avoit dautres enfans, lesquels n'avoient point esté mariez; ce qui avoit lieu autrefois dans la Coutume de Paris, comme il paroist par le procés verbal de la reformation de l'an 1510. sur l'art. 123. qui porte que les trois Etats furent d'avis de rappeller les enfans mariez, comme il fut fait par ce même article, precedé de l'art. 122. qui prepare & dispose ce rappel en faisant venir indistinctement tous les enfans à la succession de leur pere, avec égalité, c'est à dire, à la charge du rapport de la part des donataires.

11. Anciennes Coutumes qui excluoient les enfans mariez, soit mâles ou femelles.

12. Coutumes qui donnoient les propres tenus en fief aux enfans du premier lit, & les conquests feodaux aux enfans du second.

De même, il y a d'autres anciens Coutumiers, où les biens se partageoient selon les divers mariages dont un pere avoit laissé des enfans; par exemple dans l'ancienne Coutume de Châteauneuf, art. 123. les propres tenus en Fief appartenoient aux enfans du premier mariage, & les conquests tenus en Fief à ceux du second; ce qui a obligé ceux qui ont fait la reformation de cette Coutume en l'an 1552. d'ordonner un partage égal entre les enfans.

13. Coutumes qui donnoient les propres & les côquests du premier mariage aux enfans du premier lit, & les meubles & conquests du second mariage à ceux du second.

D'autres donnoient aux enfans du premier lit les propres & les conquests du premier mariage, & aux enfans du second, les meubles & les conquests immeubles faits durant le second mariage; ce qui estoit une ancienne Coutume d'Orleans, comme la Lande le justifie sur l'article 302. de la nouvelle; ce qui fait aussi que cet article 302. ordonne le partage égal entre les enfans par une dérogation absoluë à l'ancien usage.

Et comme ce vieil abus s'est conservé en divers endroits de ce Royaume, par exemple, en la Coutume de Chartres, qui dispose en l'article 98. qu'à l'égard des propres tenus en Fiefs, ils appartiennent aux enfans du premier lit, & que les conquests tenus en Fief appartiennent aux enfans du second, sur lequel Frerot remarque que cette disposition cause une infinité de procés, mais qu'elle s'observe à la rigueur; à quoy est conforme celle de Dreux, art. 89. & que la Coutume de Bordeaux, art. 70. par une autre maniere de disposition, donne aux enfans de chaque mariage les biens qui ont esté acquis durant ce mariage; sauf la legitime de ceux qui sont nez d'un mariage, durant lequel le pere n'a point fait d'acquisitions, en cas que leur part dans les propres ne suffise pas pour la remplir; ce qui en d'autres Coutumes, comme en celle de Lorraine, art. 125. s'appelle *lits brisez*, & *lits à part*. La Coutume du Comté de Haynaut est de celles-là, comme il se voit au chap. 90. art. 3. 4. 5. & 6. Cela fait aussi que la plûpart des Coutumes qui ont desiré l'égalité entre les enfans, & les ont precisément appellez pour succeder par égales portions aux ascendans, ont voulu se distinguer de celles dont il vient d'estre parlé, & se mettre au dessus de ces anciens abus, en quoy même elles sont plus conformes à la disposition du Droit que la Coutume de Bordeaux, puisque la Loy *Quæcumque 4. C. de bonis quæ lib.* appelle indistinctement les enfans nez d'un même pere à la proprieté des biens qu'il a acquis sous divers mariages, *dominio videlicet earum apud filios & nepotes sive pronepotes utriusque sexus permanente, etiamsi ex eodem matrimonio procreati non sint, ex quo eadem res ad parentes eorum fuerint devoluta.* Voilà donc les raisons pour lesquelles il a esté necessaire que nos Coutumes appellassent les enfans à la succession de leurs peres; ce qui se trouve assez bien marqué dans l'art. 361. de la nouvelle Coutume d'Orleans, qui dit, que l'interdiction n'a point lieu; mais que les enfans succedent également. Par où elle signifie que le partage de lits à part ou de lits brisez n'ayant plus lieu, comme auparavant la reformation, le pere n'est plus obligé de conserver ses propres aux enfans de son premier lit, & qu'il n'est plus interdit d'en disposer, non plus que des conquests de son premier mariage.

14. Nouvelles Coutumes qui ont conservé ces dispositions.

15. Coutumes de lits à part & de lits brisez

16. Que nos Coutumes ordinaires sont plus conformes au Droit.

Nous avons aussi des Coutumes où il n'y a qu'un seul heritier qui est l'aîné, comme Ponthieu, art. 1. & suivans, où les puisnez sont reduits au quint de vivre naturel; d'autres qui excluent les filles, & les reduisent à un mariage avenant, comme Normandie, art. 248. à laquelle on peut appliquer ce qui est dit au *§. quoad fœminas* des Instit. *de legit. agnat succ. quod ità constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent*, & cela a même son fondement dans le premier chapitre des Nombres, où il est dit, *homo cum mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus transibit hereditas.*

17. Diverses Coutumes sur la succession des descendans.
18. Coutumes où il n'y a qu'un heritier.
19. Coutumes qui excluent les filles.

D'autres excluent la fille dotée de la succession, comme la Coutume de Bretagne, art. 557. qui dit, qu'une fille noble suffisamment apparagée ne vient point à la succession. Les Coutumes d'Anjou, Touraine & le Maine disent, qu'il suffit qu'une fille noble ait eu un chapeau de roses, c'est à dire, quelque leger don en mariage, & qu'elle ait esté mariée noblement, pour estre excluse de la succession de ses pere & mere. C'est à peu prés la disposition de la Coutume de Bourbonnois, art. 305. sans parler des inegalitez qui ont lieu en quelques Coutumes dans le parta-

20. Coutumes qui excluent les filles dotées.

21. Coutumes qui établissent les partages nobles.

ge des successions nobles, comme en Anjou, où par l'art. 222. les puisnez n'ont qu'un tiers par bien-fait & usufruit, quoique les filles ayent leurs portions en ce tiers en pleine proprieté; non plus que des inégalitez qui ont lieu dans les partages des biens feodaux.

22. Coutumes qui établissent les preciputs des aînez.

23. Quel sentiment l'on doit avoir de ces Coutumes.

Il faut dire à l'égard de pareille Coutume, *dura lex, sed servanda.* A la verité il n'y a rien de plus recommandable que l'égalité entre les enfans, suivant le chap. dern. de la Nov. 22. *de nupt.* & la Loy 77. §. *evictis de legat.* 2. C'est un droit naturel auquel il semble d'abord que les Loix Civiles ne puissent pas deroger. Cependant comme il n'y a point de Loy, ni de Coutume qui ait privé entierement des enfans de la succession de leur pere, ni à raison de leur âge, ni à raison de leur sexe, ce que les Coutumes en ont decidé, quoiqu'avec beaucoup d'inégalité, doit s'observer rigoureusement. Poutanus sur l'article 145. de la Coutume de Blois, pag. 69. de la derniere impression.

24. Si la Coutume ne donnant aux filles qu'un mariage avenant, il ne leur est rien dû quand elles gardent le celibat.

L'on peut demander au sujet de la disposition des Coutumes, dont il vient d'estre parlé, qui ne donnent aux filles qu'un mariage avenant, s'il n'y est rien dû à celles qui se destinent pour le celibat; & la raison de douter est, qu'il semble que quand le frere offre de marier ses sœurs, il satisfait à la Coutume, & qu'il n'est pas obligé de leur donner un mariage, quand elles renoncent à cet engagement. A quoy l'on peut appliquer les termes de la Loy derniere, *C. de donat. ante: sicut enim dos propter nuptias fit, & sine nuptiis quidem nulla dos intelligitur*, d'autant plus que la Coutume a pû ordonner cela comme une peine contre le celibat.

Il faut dire nonobstant cela, que la disposition de ces Coutumes n'est que démonstrative, & non pas limitative, & que comme le mariage est l'état le plus naturel, ces Coutumes voulant imposer aux masles de donner aux filles de quoy subsister, ont parlé d'un mariage avenant, en sorte que soit qu'elles se marient, soit qu'elles ne se marient pas, elles ne peuvent demander à leurs freres que ce qu'ils seroient obligez de leur donner à titre de dot, en égard à leur condition & aux biens de la maison. *Quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit pro viribus videlicet patrimonii*, dit la Loy 1. §. 1. *de legat.* 2. Aussi s'estant presenté une question approchante à l'Audience de relevée du Mardi 30. Janvier 1663. où il s'agissoit d'un legs fait au profit d'une fille, avec clause qu'elle en auroit la délivrance lorsqu'elle seroit pourvuë par mariage ou autrement, & la fille qui avoit atteint l'âge de 25. ans, déclarant qu'elle estoit resoluë de vivre dans le celibat, on jugea par Arrest qu'elle devoit avoir la délivrance du legs. Et Terrien sur la Coutume de Normandie, liv. 6. chap. de Mariage encombré, est d'avis qu'en ce cas la dot luy doit estre donnée, mais à vie seulement. Aussi c'est la disposition de l'art. 267. de la nouvelle Coutume de cette Province.

25. Resolution que la disposition de ces Coutumes est demonstrative, & non pas limitative.

SECTION V.

De l'exclusion des filles dotées.

SOMMAIRE.

1. En Bourbonnois les filles mariées & dotées par le pere ou

Le droit de l'exclusion des filles dotées varie extremement, & il n'y a rien de plus diversifié dans nos Coutumes: car 1. dans la Coutume de Bourbonnois, art. 305. les filles dotées sont excluses de la succession de leurs pere, mere, ayeul ou ayeule, même des successions collatera-

l'ayeul, sont excluses; au Maine les filles mariées par le pere seulement.

les dans les termes de representation, tant qu'il y a des masles ou descendans des masles; pourvû qu'elles ayent esté mariées & appanées par pere ou mere, ayeul ou ayeule paternels ou maternels; au lieu que dans la Coutume du Maine, art. 258. il n'y a que le mariage & la dot constituée par le pere, qui exclut la fille, comme a tres-bien observé Maistre Charles du Molin sur cet art. En Bourgogne il faut que la fille ait esté mariée par pere & mere, ou par le pere du vivant de la mere.

2. En Anjou & au Maine il n'y a que le pere noble qui exclut la fille en la mariant; *secus* en Bourbonnois & en Auvergne.

Dans les Coutumes du Maine & d'Anjou il n'y a que le pere noble qui exclut sa fille en la mariant; le Maine art. 258. Anjou, art. 241. au lieu que dans celle de Bourbonnois, art. 305. & dans celle d'Auvergne, cela est permis au pere roturier, à la mere & aux ayeuls.

3. En Auvergne & en Bourbonnois il faut que la fille soit appanée.

3. Dans celle d'Auvergne tit. des succ. art. 25. il suffit que la fille ait esté mariée du vivant du pere ou de l'ayeul paternel, ou par un tiers, ou d'elle-même, le pere, ou ayeul paternel, & mere vivans; & soit qu'elle soit doüée ou non doüée, elle est toûjours excluse, pourvû qu'elle n'ait pas esté mariée en premieres nopces dans la maison de son pere ou ayeul sans constitution de dot; au lieu que dans la Coutume de Bourbonnois, art. 305. il faut que la fille ait esté mariée par pere, mere ou ayeuls; & de plus qu'elle ait esté appanée, suivant la Note de Maistre Charles du Molin, où sur ces mots, *mariees & appanées*, il dit, *utrumque copulativè requiritur*, & ajoûte, que la mort du pere entre le contrat & la celebration, empêche l'exclusion.

☞ Le pere dans la Coutume d'Auvergne, en mariant sa fille aprés la mort de sa femme, l'exclut de sa propre succession, non de celle de sa femme; au lieu que la mere en mariant sa fille aprés la mort du pere, peut bien la faire renoncer expressément, mais ne l'exclut pas par sa seule dotation: parce que cela est reservé au pere & à l'ayeul paternel, qui ont leurs enfans en leur puissance dans cette Coutume. C'est pour cela qu'elle parle toûjours de la fille mariée par pere ou ayeul paternel; mais jamais de la fille mariée par la mere, laissant ce cas dans le Droit commun, & permettant seulement à la mere de stipuler une renonciation expresse. Que si en l'art. 25. du tit. 12. elle dit qu'une fille mariée par un tiers, ou par elle-même du vivant de ses pere ou ayeul paternel, & mere, est excluse, elle donne cela au concours des parens, du vivant desquels elle suppose la fille mariée, ce qui fait présumer qu'elle l'est à son avantage; mais ne disant nulle part qu'une fille mariée par sa mere soit excluse, elle laisse ce cas dans la disposition du Droit commun. Enfin, si en l'article 27. du même tit. 12. elle permet au pere & aux autres ascendans de reserver leur fille, elle entend cela des ascendans, à qui elle permet de l'exclure par leur seule dotation: ce qu'elle ne permet jamais à la mere, comme il se voit dans les art. 25. 27. & 33. du tit. 12.]

4. En Bourbonnois l'exclusion est des successions collaterales; *secus* en Anjou & au Maine.

Plusieurs Coutumes excluent les filles dotées des successions collaterales, comme celle de Bourbonnois, art. 305. au contraire les Coutumes du Maine, art. 258. & d'Anjou, art. 241. les admettent precisément aux successions collaterales. C'est aussi la disposition de la Coutume du Comté de Bourgogne, art. 48. & de celle du Duché, tit. des success. art. 21. & dans celles qui requierent que le pere & la mere marient, & qui en ce cas excluent des successions collaterales, la fille n'est pas excluse de la succession du frere uterin ou consanguin. Bouvot sur l'art. 12. des success.

Il y a des Coutumes, qui excluant la fille dotée, luy reservent sa legitime, comme celle de Nivernois, chap. 23. art. 24. le Maine, art. 258. Au lieu qu'il y en a qui l'en excluent precisément, comme celle de Bourbonnois, qui dit, art. 305. qu'elle en est excluse dans les termes de representation. Quand les Coutumes n'en disent rien, l'exclusion s'étend même à la legitime, parce que celuy qui est exclus de la succession, l'est de la legitime, *quæ est quota hereditatis*, *L. Papinianus §. 4. de inoff.* Alex. *vol. 1. conf. 69.*

5. En Nivernois l'exclusion est sauf la legitime; *secus* en Bourbonnois.

Quelques Coutumes font profiter le seul aîné de l'exclusion de ses sœurs, qui ont esté dotées, comme la Coutume de Bretagne art. 557. Au lieu que les autres en font profiter tous les masles, comme celle de Bourbonnois, art. 307. & 310.

6. En Bretagne l'exclusion ne profite qu'à l'aîné; *secus* en Bourbonnois.

Nous avons vû des Coutumes qui excluoient aussi les fils mariez, comme l'ancienne Coutume de Paris.

7. L'ancienne Coutume de Paris excluoit les fils mariez.

Il y a quelques observations à faire sur ces Coutumes, dont la premiere est, que dans toutes celles qui demandent une dotation actuelle, il faut que la fille se trouve actuellement dotée au temps de la mort, comme en fait de renonciations à successions futures, même qu'elle l'ait esté des biens du pere ou de la mere, & non d'un oncle. Bouvot sur le §. 12. du tit. des Success. *in verb.* par ses pere & mere, si ce n'est que la Coutume en dispose autrement. D'où il resulte premierement, qu'une dot offerte, ni une promise, ne donne pas lieu à cette exclusion. Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, tit. 7. art. 12. sur ces mots *par lesdits pere & mere*, nomb. 2. Secondement, qu'une dot qui n'est pas justifiée, comme il arrive souvent entre personnes rustiques, ne suffit pas non plus. En troisiéme lieu, que si le pere vient à deceder entre le contrat & la celebration du mariage, l'exclusion ne s'ensuit pas, suivant Maistre Charles du Molin sur l'art. 305. de la Coutume de Bourbonnois.

8. Qu'il faut que la fille soit actuellement dotée lors de la mort du pere.

Neanmoins en la Coutume du Duché de Bourgogne il suffit que la dot ait esté constituée, & par consequent il suffit qu'elle ait esté promise par pere & mere, ou par le pere du vivant de la mere, tit. des Successions, art. 21.

La seconde est, qu'une fille mariée n'est pas excluse dans ces Coutumes par une qui n'est pas mariée, parce que leur disposition est en faveur des masles. Argentré sur l'art. 224. gl. 7. nomb. 15. v. *inf.* nomb. dernier: Mais elle est excluse par un frere d'un autre lit, par la même raison que cette exclusion a esté établie par les Coutumes en faveur des masles, & que d'ailleurs elle ne dépend pas de la renonciation de la fille, & qu'ainsi on ne considere pas en cela ses affections naturelles, comme en matiere de renonciation, où l'on pourroit presumer, qu'une fille du premier lit n'auroit pas voulu renoncer en faveur des enfans d'un second mariage contracté depuis sa renonciation, à moins que cela ne s'inferât necessairement des termes de sa renonciation; mais cette exclusion tacite dépend plûtôt de la volonté du pere, qui est presumé aimer également tous ses enfans masles, soit du premier, ou du second lit. Cependant Maistre Charles du Molin dit le contraire sur l'art. 307. de la Coutume de Bourbonnois, lequel porte, que *renonciation faite par la fille en son contrat de mariage, s'entend estre faite au profit de l'hoir masle germain & de ses descendans.* La Note ajoûtant *sive expressa, sive tacita*; à laquelle j'aurois peine d'adherer par des raisons qui viennent d'estre dites.

9. L'exclusion n'est qu'en faveur des mâles.

10. Que la fille est excluse par un frere d'un autre lit.

La troisiéme, que si le frere de la fille dotée est predecedé, & a laissé un fils, ce fils donne l'exclusion

11. Les petits-fils ex-

cluent la fille dotée. l'exclusion à sa tante, parce qu'il est subrogé au lieu de son pere, & doit avoir les mêmes avantages, suivant la Loy 1. §. *hac actio ff. si quis testam. lib. esse juss. fuer.* & c'est le sentiment de Bartole sur la Loy *Liberorum de verb. signif. n. 12.* quelques-uns ajoûteront que les Coutumes qui excluent les filles en faveur des masles, sont favorables, suivant l'opinion de la plûpart des Docteurs sur la Loy *Venia ff. de in jus vocando.*

12. *Quid* de la fille du fils. On peut proposer la même question à l'égard de la fille du fils, pour sçavoir si elle exclut sa tante : car il semble que la negative doive avoir lieu, parce que la raison de cette exclusion, qui est la faveur de la masculinité, cesse en cette espece, & les biens perdent également le nom de la famille par le canal de la fille ou de la petite-fille : ainsi elles ne doivent point estre preferées l'une à l'autre, suivant Maistre Charles du Molin, sur l'art. 243. de la Coutume de la Marche, & Bartole au lieu qui vient d'estre cité, nomb. 13. & cela principalement dans le cas de la representation, non de la transmission, où l'on supposeroit le fils decedé depuis le pere, auquel cas l'exclusion est un droit acquis qui se transmet aux filles.

13. Raisons de decider. D'autre part, l'exclusion estant en faveur des masles, doit profiter à leurs enfans de l'un & de l'autre sexe, parce que la representation produit cet effet en directe ; c'est pourquoy il est decidé par la plûpart des Coutumes, que la fille de l'aîné qui est predecedé, succede au droit d'aînesse : ainsi le representant en ligne directe entre dans tous les privileges & les prerogatives du representé. Il y en a même une disposition expresse dans la Coutume d'Acs, tit. 2. art. 31. qui dit, *& suffit que le representé soit de la qualité requise à estre preferé ou admis à succeder, jaçoit que le representant ne le soit.*

Aussi cela s'observe de cette maniere dans les Coutumes d'exclusion, & la plûpart en disposent expressément, comme le Maine, article 258. Auvergne, tit. des success. art. 25. Bourbonnois, art. 305.

14. Les fils de la fille dotée sont aussi exclus. *Vice versa*, la fille dotée estant predecedée, ses fils sont aussi exclus de la succession de leur ayeul, & souffrent de l'incapacité de leur mere ; & c'est ici que l'on applique ce brocard de Droit, que *successio non fit per saltum*, & ces termes du chap. 3. de la Nov. 118. qui dit, *hujus filios ab hereditate excludimus, sicut ipse si viveret excluderetur.*

15. Si en Bourbonnois une fille ayant succedé à son pere, & estant ensuite mariée par sa mere, est excluse des successions collaterales. Resolution pour l'affirmative. La quatriéme, une fille ayant succedé à son pere en la Coutume de Bourbonnois, & estant ensuite mariée par sa mere, est excluse non seulement de la succession de sa mere, mais de celles de ses freres, suivant l'art. 305. de cette Coutume, sans qu'elle puisse pretendre pouvoir succeder aux biens paternels de ses freres, non plus qu'aux maternels. Elle profite de la succession du pere, n'ayant esté mariée que depuis son decés ; mais elle est excluse indéfiniment de la succession de sa mere & de celle de ses freres, & tel est l'usage de Moulins, quoique l'on m'ait communiqué un Commentaire manuscrit de Maistre Charles du Molin, lequel on sçait avoir affectionné cette Coutume, & en avoir commencé un Commentaire, qui est entre les mains de quelques Avocats de Moulins, lequel est ainsi

16. Commentaire de Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Bourbonnois. conçû sur cet art. 305. *Adverte quod consuetudo simplicibus alternativis plures personas conjungit, non addito verbo* per alterum eorum, *prout consuetudo Alverniæ addit ; & sic hæc consuetudo propter donationem unius, non excludit ab omnibus, sed intelligitur respectivè, videlicet ut nupta & dotata à patre sit exclusa ab ejus successione & collateralium descendentium ab eo. Non autem quod sit exclusa à successione matris, si mater nullo modo dotaverit, nec à successionibus collateralibus descendentium à sola matre respectivè, id est à matre ex alio viro, & multò minus ab omnibus conjunctis per lineam maternam dumtaxat. Idem è contra & pariter de singulis ascendentibus respectivè, & sic nupta & dotata ab uno ascendente non redditur inhabilis nisi ad unam successionem directam, videlicet ipsius dotantis, & à successionibus collateralibus descendentium ab eodem ascendente tantum sub aliis limitationibus ejusdem consuetudinis, quæ ita debet singulatim & respectivè intelligi, nec trahi ad duriorem sensum quam ex verbis necessariò colligatur, & ita etiam observatur in praxi ut à peritissimis Advocatorum Molinensium ibi anno sesqui millesimo quinquagesimo degens accepi.*

17. Que l'usage est contraire au Commentaire de Maistre Charles du Molin. Ce Commentaire de Maistre Charles du Molin marque un usage qui ne s'observe plus à Moulins ; car quoique la Coutume dise, qu'une fille mariée par pere ou par mere, ayeul ou ayeule, soit excluse de toutes successions directes & collaterales dedans les termes de representation, & qu'elle n'ajoûte *ou par l'un d'eux* ; on a cru que la disjonctive suffisoit dans l'article, & qu'ainsi c'est assez qu'une fille ait esté mariée par pere ou par mere pour estre excluse de toutes successions collaterales, & tel est l'usage de Bourbonnois, quoiqu'en cela on s'est peut-estre éloigné du veritable sens de la Coutume, qui a pû présupposer, que tous les deux parens vivans, l'un d'eux ait marié, auquel cas il y a une Coutume voisine, qui est celle d'Auvergne, art. 25. & 33. du tit. des successions, laquelle donne l'exclusion des successions collaterales ; mais elle ne la donne pas autrement, ni au cas qu'un des conjoints fust predecedé.

18. Il faut que la fille ait esté actuellement mariée. La cinquiéme, il faut pour cette exclusion, que la fille ait esté mariée actuellement, & il ne suffiroit pas qu'elle eût esté fiancée lors de la mort des parens, suivant l'art. 37. du chap. 12. de la Coutume d'Auvergne. ☞ Maistre Charles du Molin avoit cru que quand la fille avoit renoncé expressément par son contrat de mariage, la mort du pere ou de la mere ne faisoit pas manquer l'effet de la renonciation ; mais nous dirons au liv. 3. chap. 8. sect. 1. n. 38. que cette Note n'a pas esté suivie.] Mais dans les Coutumes qui n'établissent ce droit d'exclusion qu'au prejudice des

19. Quelquefois il faut qu'elle l'ait été noblement. filles nobles, elle n'a lieu que supposé que le pere les ait mariées à personnes nobles ; & c'est la disposition de l'article 259. de la Coutume du Maine.

20. *Secus* si la Coutume exclut la fille dotée simplement. Il n'en est pas de même de celles où l'exclusion est pour toutes les filles dotées ; car dans ces Coutumes la dot constituée par le pere exclut indistinctement.

21. *Quid* de la dot promise par le testament du pere. Il resulte de ce qui vient d'estre dit, que la dot promise par le testament du pere, n'exclut pas, parce qu'elle n'est dot que par le mariage. Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, titre 7. article 12.

22. *Quid* si le pere dote sa fille aprés qu'elle est mariée. Que si une fille se marie sans le consentement de son pere, & que son suffrage survienne aprés le mariage celebré, accompagné d'une constitution dotale, l'exclusion s'ensuit. Chassanée au même endroit, & Bouvot en rend cette raison sur l'article 12. du titre des success. *quia aliàs ex suo actu illicito & prohibito consequeretur commodum.*

23. Le rappel empê- La sixiéme, l'exclusion n'a lieu que quand il n'y a ni reserve, ni rappel, la reserve doit se

che l'exclusion. faire par contrat de mariage, suivant la Coutume de la Marche art. 241. & la plûpart des autres. Il faut voir le chap. des Rappels, liv. 3.

24. Le legitimé *per subsequens* exclut la fille legitime dotée. La septiéme, la fille peut estre exclusé par un fils legitimé par mariage subsequent, supposé, par exemple, qu'un pere ait une fille legitime, & qu'aprés la mort de sa femme il épouse une concubine dont il avoit eu des enfans masles; car ceux-cy pourront exclure la fille du premier mariage, qui auroit esté dotée, soit devant, soit aprés le second mariage; & la raison est, que les legitimez par mariage subsequent sont égalez en tout à ceux qui sont nez legitimes, ils succedent de même, ils obligent de même au rapport, même ceux qui renoncent, dans les Coutumes d'égalité, ils ont de même le droit d'aînesse.

25. *Secus* du legitimé par Lettres. Il y a plus de difficulté à l'égard du legitimé par Lettres; car quoique par le Droit le Prince ne pouvoit pas legitimer des enfans bâtards d'une maison, dont il y en avoit de legitimes, suivant le §. *Si quis ergo* de l'Authentique *quib. mod. natur. effic. sui*, ils pouvoient estre legitimez estant faits Decurions, & parmy nous les bâtards peuvent estre legitimez par le Prince, *etiam legitimis existentibus*, comme dans le Droit par la voye qui vient d'estre dite, qui s'appelloit *per oblationem curiæ*: Or la même Authentique au

26. Raison de Droit. §. *quoniam*, dit precisément, que le bâtard qui estoit ainsi legitimé, ne pouvoit pas avoir plus que les enfans legitimes; d'où il semble que l'on doit conclure, que dans le même cas nôtre legitimé par Lettres du Prince, n'aura pas plus que la fille qui sera née en legitime mariage; les termes de la Novelle sont, *Ita tamen ut non amplius habeat uno eorum qui ab initio legitimi sunt & inter eos omnes minus habente*: ce qui peut estre appuyé sur deux autres raisons. La premiere, que la legitimation par Lettres n'est jamais pleine & absoluë; mais dépend toûjours du consentement des interessez: la seconde, qu'il n'est pas à présumer que la fille qui a consenti à une legitimation de cette nature, ait entendu que le legitimé luy seroit preferé, & l'excluroit de la succession, en la reduisant à sa dot: Et c'est pour cela que dans la Sect. 1. du chap. des Fiefs, nous dirons, que le legitimé par Lettres ne peut jamais avoir de droit d'aînesse au prejudice des enfans nez d'un mariage legitime, quoique posterieur à la legitimation.

27. La fille exclusé par des legitimes vient au respect du legitimé par Lettres. Je vais plus loin, car j'estime que dans ces Coutumes, si un pere qui a trois enfans legitimes, deux fils & une fille, vient à faire legitimer par Lettres un bâtard du consentement de ses enfans, la fille qui sera exclusé par ses freres germains, viendra à la succession au respect de ce frere consanguin ainsi legitimé par Lettres, sur la portion duquel il faudra retrancher la part que la fille auroit euë à son égard; c'est à dire, un douziéme pour le donner à la fille: & ainsi au lieu de quatre onces il n'en conservera que trois.

Le bâtard legitimé ne peut pas opposer en ce cas que la fille auroit esté exclusé par ses freres germains, qui l'auroient reduite à sa dot, quand même il n'auroit pas esté legitimé; dautant que les freres germains ne l'excluent qu'à leur égard, & par l'effet d'une preference que la Coutume a voulu établir en faveur du sexe masculin; mais non pas par l'effet d'aucune incapacité qui auroit esté en la personne de la fille, laquelle même avoit prévenu la legitimation du bâtard, ou l'accomplissement des conditions necessaires pour cette legitimation, qui est son propre consentement, par un droit anticipé qu'elle avoit sur les biens du pere, sinon au respect des freres germains, qui avoient sur elle ce droit de preference; au moins à l'égard de tout autre, puisque dans ces Coutumes la fille succede au défaut des masles nez d'un mariage legitime, auquel droit la fille n'est point presumée avoir voulu renoncer par le consentement qu'elle a donné à la legitimation; & par consequent son droit demeure en son entier à l'égard du frere legitimé.

La huitiéme, les filles exclusés en faveur des masles viennent au défaut des masles, à l'exemple de ce qui a lieu dans les renonciations expresses: ce qui est decidé par la plûpart des Coutumes, Normandie art. 271. & les autres; jusque-là que l'on prétendoit autrefois, que la disposition de ces Coutumes, qui la plûpart excluent les filles en ces termes, *tant qu'il y a des masles*, ne faisoit que suspendre le droit des filles, quoique l'avis contraire ait prevalu, & c'est ce qui a fait la matiere d'une Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 12. du chapitre 7. de la Coutume du Duché de Bourgogne, où il dit: *Quidam magni nominis putant hanc consuetudinem intelligi suspensivè; non autem exclusivè, sed errant: ad futuras ergo successiones desinet hæc filia esse inhabilis, postquam defecerint masculi; sed non ad præteritas.* ☞ Maistre Charles du Molin a eu raison de dire, *quidam magni nominis*. En effet, c'est l'avis de Coquille, titre des Droits appartenans aux gens mariez, art. 24. de Choppin sur la Coutume d'Anjou, *Lib. 3. de ut. and. rer. dom.* tit. 6. pag. 268. de Tiraquel: *cessante causa* n. 97. 98. de Barry *de success. tom. 2. lib. 18. tit. 2.* n. 9. pag. 375. & de Dupineau & Marguerit sur l'art. 341. de la Coutume d'Anjou. Il y en a aussi un Arrest du Conseil donné sur le Statut de Provence, & rapporté dans de Morgues pag. 185. Suivant cette opinion les partages mêmes, faits par les masles des successions directes, ne sont que provisionnels: en sorte que toutes les fois que les masles decedent, même sans enfans, aprés avoir partagé les successions directes, les filles dotées reviennent à la succession; mais il n'y a rien de plus contraire à la regle, *le mort saisit le vif*, & aux principes de la matiere des successions, que cette ancienne opinion, que Maistre Charles du Molin a justement condamnée.]

28. Si la fille vient au défaut des mâles.

29. Si la disposition des Coutumes d'exclusion est seulement suspensive.

Il suffit que le masle survive d'un moment à ses pere & mere pour produire cette exclusion. Auferrius *decis. 249*. Que si le masle survivant renonce, la fille revient à la succession, si elle le veut. Enfin le fils conçû, mais qui n'est pas encore né, produit cette exclusion à sa sœur; parce qu'il est reputé né pour les choses où il y va de son interest. *Sup. cap. 3.*

J'estime que la fille exclusé par la Coutume estant rappellée, vient par droit de succession, & non pas à titre de legs, parce qu'elle est toûjours *intra terminos juris*, quoiqu'il faut observer qu'il y a des Coutumes d'exclusion qui en disposent autrement, même la plûpart, & que Maistre Charles du Molin a esté d'avis contraire sur l'art. 258. de la Coutume du Maine; ce qui sera expliqué au liv. 3. chap. des Rappels. 30. Si les filles reservées viennent *per modum successionis*.

La neuviéme, une fille mariée en Bretagne ou en Normandie, n'est exclusé de la succession de son pere ou de sa mere que pour les biens situez en Bretagne ou en Normandie; mais elle vient à la succession à l'égard des biens situez ailleurs, comme à Paris, selon du Molin, ☞ Cons. 53. n. 14. où il est rapporté un Arrest rendu pour la succession de M. Douveille, Conseiller en la Cour & Chanoine de l'Eglise de Paris. Voyez le même en son] Cons. 55. & d'Argentré sur l'article 218. 31. Les filles ne sont exclusés que pour les biens situez dans le ressort de ces Coutumes.

de la Coutume de Bretagne, glos. 6. nomb. 26. & quoique Maistre Charles du Molin établisse en cet endroit une difference entre l'exclusion qui vient de la Coutume, laquelle est bornée à son territoire ; & l'exclusion qui vient de la convention & de la renonciation à une succession future, laquelle suit la personne, & qui exclut la personne de tout le patrimoine du défunt, en quoy il est suivi, à quelque chose prés, de Monsieur d'Argentré *ibid.* nomb. 27. Neanmoins j'estime que la renonciation expresse n'a point de lieu non plus à l'égard des biens situez dans les Coutumes, où il est permis à la fille de revenir à la succession nonobstant sa renonciation, comme s'il y a des biens situez dans le ressort de la Coutume de Berry, qui porte en l'article 34. du titre 19. que si le renonçant n'a pas sa legitime, il en peut demander le supplément ; ce qui sera expliqué au liv. 3. chap. 8. des Renonciations, Sect. 1. nomb. 44.

32. La fille excluse qui succede en d'autres Coutumes, ne rapporte pas sa dot entiere.

La dixiéme, la fille qui est ainsi excluse pour les biens de Bretagne ou de Normandie, & qui veut succeder aux biens de Paris, n'est pas obligée de rapporter sa dot entiere, puisqu'à cause de cette même dot elle est privée d'une partie des biens de la succession : mais la difficulté est de sçavoir comment se fait l'operation de ce rapport ou plûtost de cette reduction de rapport : car pour ne rien oublier de toutes les ouvertures qui se peuvent proposer sur ce sujet ; quelques-uns soutiendront que la fille venant au partage des biens de France ne sera obligée à aucun rapport, la dot estant presumée donnée pour la recompenser dans les Coutumes d'exclusion. D'autres diront qu'elle rapportera le tout, la dot presumée donnée pour les biens de France, excluant la fille des biens de Bretagne : d'autres, que l'on doit faire une masse de tous les biens, sur l'évaluation desquels l'on dira qu'elle aura eu tant pour les biens de France, & tant pour les biens de Bretagne : d'autres, qu'elle ne rapportera point à proportion de ce que la Coutume d'exclusion luy auroit donné *ab intestat*, si elle n'avoit pas esté mariée ; & d'autres enfin qu'elle conservera sans le rapporter, ce que la Coutume d'exclusion permettoit au pere de luy donner.

La premiere opinion ne me revient pas, n'étant pas à presumer qu'un pere, qui est toûjours reputé judicieux dans la distribution de ses biens entre ses enfans, ne dote sa fille que eu égard aux biens de Bretagne, quand une bonne partie de ses biens sont en France, principalement s'il la marie en France, & qu'il luy donne en avancement d'hoirie ; car cette clause qui ne vaut pas une reserve dans les biens de Bretagne, quand le pere qui dote a des biens en France, mais qui regarde la succession des biens de France, oblige au rapport. Je vais plus loin : car quand le pere demeureroit en Bretagne, & qu'il ne feroit point la donation precisément en avancement d'hoirie, il ne faut pas s'imaginer qu'il ne dote que pour les biens de Bretagne ; au contraire il est censé le faire *pro modo facultatum*, eu égard à tous ses biens.

Cette même raison me feroit rejetter la seconde opinion, qui va à obliger la fille de rapporter le tout : car qui peut s'imaginer que le pere n'ait pas eu principalement égard aux biens qu'il possedoit dans les Coutumes d'exclusion, ces Coutumes l'obligeant de doter sa fille. Au contraire il y a apparence que le pere desirant recompenser sa fille dans ces Coutumes, luy a plus donné pour ces Coutumes, que pour les autres : Ce qui m'éloigne encore de la troisiéme opinion, qui tend à l'évaluation des biens & à la distribution de la dot sur ces mêmes biens ; car l'équité paternelle semble s'opposer à ce regalement, elle persuade que le pere a plus donné à sa fille pour les biens où elle ne devoit pas revenir.

A l'égard de la quatriéme opinion, qui va à dire, qu'il faut laisser à la fille ce que la Coutume d'exclusion luy donnoit si elle n'avoit esté mariée, & si elle estoit venuë *ab intestat*, elle me paroist fondée sur une présomption trop éloignée. Car enfin, dans l'hypothese la fille est dotée, & le pere a doté ; ainsi il faut prendre un milieu entre l'affection naturelle du pere donateur, & la disposition de la Coutume ; & juger suivant la cinquiéme & derniere opinion que le pere a donné pour les biens de Normandie ou Bretagne, ce que la Coutume luy permettoit de donner, & que sa fille n'est obligée de rapporter que le surplus en venant à partage des biens de France.

Que si cette succession se partage entre un fils, une fille non dotée, & la fille dotée, le fils qui profite seul de la part de sa sœur dans les biens situez dans les Coutumes d'exclusion, rapportera au profit de son autre sœur en partageant avec elles les biens de ces Coutumes d'exclusion, ce que sa sœur n'aura pas rapporté en venant au partage des biens situez dans les autres Coutumes.

33. Comment se fait l'operation de ce rapport.

[☞ Pour ce qui est des reserves des filles dotées, il faut voir le Chapitre 10. du Livre 3. Sect. 1.]

SECTION VI.

De la succession des descendans au second degré.

DISTINCTION I.

Des enfans de celuy qui renonce.

SOMMAIRE.

1. *Les enfans d'un fils unique succedent par tête, singularité du Droit sur leur legitime.*
2. *Si les enfans de celuy qui renonce, viennent à la succession de leur ayeul.* Quid *de la renonciation à une succession future.*
3. Quid *si la renonciation est faite à une succession échûë, & qu'il y ait des coheritiers de celuy qui renonce en pareil degré.*
4. *Si les enfans de celuy qui renonce, viennent à la succession de leur ayeul avec leurs cousins germains.*
5. *Si les enfans de celuy qui a renoncé gratuitement sont admis à la succession de leur ayeul avec leurs cousins germains.*

6. *Raisons pour l'affirmative, que celuy qui renonce gratuitement est censé n'avoir jamais esté.*
7. *Exemples qui justifient cette proposition.*
8. *Que celuy qui renonce gratuitement ne remplit pas son degré.*
9. *Différence entre celuy qui renonce gratuitement, & celuy qui renonce* aliquo accepto.
10. *Pourquoy dans l'opinion de ceux qui soutiennent cette affirmative, les enfans de celuy qui renonce viennent avec leurs cousins, & non avec leurs oncles.*
11. *Réponse de ceux qui soutiennent l'affirmative à la maxime qu'en directe on vient toûjours par representation.*
12. *Que le fils de celuy qui renonce gratuitement venant avec ses cousins, partage plutost par souches, qu'il ne vient par representation.*
13. *Observations du Droit Romain, qui confirment cette pensée.*
14. *Qu'il y a des partages par souches où il n'y a point de representation.*
15. *Deux sortes de representations, l'une réelle, & actuelle; l'autre fictive.*
16. *Sentiment de Bartole sur cette question.*
17. *Conclusion pour la negative.*
18. *Preuve que dans la directe en égal degré, on vient toûjours par representation actuelle.*
19. *Sentiment de du Molin.*
20. *De la maxime que l'on ne represente jamais un homme vivant.*
21. *Il n'y a aucune Loy qui decide que celuy qui renonce gratuitement soit reputé mort.*
22. *Réponse à la premiere objection.*
23. *Réponse à la seconde.*
24. *Arrest sur ce sujet.*
25. *Les enfans de celuy qui renonce, lequel est fils unique, peuvent venir à la succession de leur ayeul. Quid des enfans de celuy qui n'a pas eu le temps de deliberer.*
26. *Autre exception au cas que le pere laisse plusieurs fils qui renoncent tous.*
27. *Si en ce cas ils viennent par souches ou par testes.*
28. *Resolution qu'ils viennent par souches.*
29. *Que les enfans de celuy qui renonce viennent en ligne collaterrle en égal degré.*

APRÈS avoir traité de la succession des descendans au premier degré, il faut parler de celle des descendans qui sont au second, c'est à dire, des petits-fils, & examiner quand ils succedent, & de quelle maniere.

1. Les enfans d'un fils unique succedent par testes, singularité du Droit sur leur legitime.

Et premierement, quand ils sont enfans d'un fils unique qui est predecedé, ils succedent de leur chef & par testes, & il y a là-dessus une singularité dans le Droit Romain, que cinq enfans d'un fils unique ont une plus grande legitime, que le fils n'auroit eu s'il avoit vécu. Car ils ont la moitié; au lieu que le fils unique n'auroit eu que le tiers, puisqu'en ce cas ils viennent de leur chef & non point par representation. Et d'ailleurs l'on n'a pas jugé qu'il y eût d'inconvenient en cela, car comme dit Maistre Charles du Molin sur le Cons. 36. du liv. 7. d'Alex. *multitudo nepotum conscientiam avi aggravat, ut minus debeat relinquere extraneis, & ad hoc bonus judex potest & debet attendere.* Donc par nostre Droit des petits-fils d'un fils unique predecedé, viennent necessairement par testes à la succession de l'ayeul.

2. Si les enfans de celui qui renonce, viennent à la succession de leur ayeul. *Quid* de la renonciation à la succession future.

Que s'ils sont de divers fils, ils viennent par souches, ce qui fait la matiere du chapitre de representation, au liv. 3. L'on demande cependant si les enfans du fils qui a renoncé viennent à la succession de leur ayeul avec d'autres coheritiers, & je conclus d'abord que quand la renonciation a esté faite à une succession future, comme elle n'est pas valable si elle n'a eu son prix & sa recompense, au cas qu'elle soit bonne & valable, elle exclut les enfans de la fille qui a renoncé, parce que c'est une composition qu'elle a faite pour elle & pour ses enfans, qui deviendroit illusoire si ses enfans estoient recevables à venir aux successions ausquelles elle a renoncé, quand même ils rapporteroient ce qu'elle a reçû: c'est la décision de l'article 33. du tit. 19. de la Coutume de Berry, & de la Note de Maistre Charles du Molin sur le même art. *Voyez* liv. 5. chap. 8. des acceptat. & renonc. Sect. 1. nomb. 59.

3. *Quid* si la renonciation est faite à une succession echûe, & qu'il y ait des heritiers de celuy qui renonce en pareil degré.

Que si la renonciation est faite à une succession échûë, où il y a des heritiers en pareil degré, que le renonçant; ou il n'y en a point. Au premier cas ses enfans ne pouvant venir que par representation sont entierement exclus, par ce que c'est une maxime que l'on ne represente jamais un homme vivant. *L. Si qua pœna, ff. de his qui sui vel alieni juris.*

4. Si les enfans de celuy qui renonce viennent avec leurs cousins germains à la succession de leur ayeul.

Que s'il n'y a point d'heritiers en pareil degré que le fils qui a renoncé, & que ses enfans viennent seulement avec leurs cousins germains à la succession de l'ayeul, en ce cas il faut encore distinguer. Car si la renonciation du pere à la succession échûë de l'ayeul a esté faite moyennant un certain prix, ou en consequence de quelque donation precedente que le donataire n'a pas voulu rapporter, ses enfans seront pareillement exclus par la même raison qui vient d'estre dite.

5. Si les enfans de celui qui a renoncé gratuitement, sont admis à la succession de leur ayeul avec leurs cousins germains.

Que si la renonciation est gratuite, il semble que l'on peut dire que le fils n'ayant rien eu des biens de l'ayeul, & les cousins, enfans du fils predecedé, ne souffrant par consequent aucun préjudice, les enfans du fils renonçant semblent devoir estre admis. Et je suis obligé d'avoüer que je ne me suis pas toûjours rendu contraire à cette opinion; & les raisons dont je me servois sont, qu'encore qu'en ligne directe on vienne toûjours par representation, & qu'on dise ordinairement que l'on ne represente point un homme vivant, il semble que l'une & l'autre maxime peut recevoir son explication en cette espece.

RAISONS POUR L'AFFIRMATIVE.

6. Raisons pour l'affirmative, que celuy qui renonce gratuitement est censé n'avoir jamais esté.

En effet, pour commencer par celle qui dit que l'on ne represente pas un homme vivant, l'on peut dire que celuy qui renonce sans aucune recompense, & sans avoir rien reçû, est reputé mort, ou n'avoir jamais esté, *renuncians pro nullo habetur L. un. C. quando non petentium partes. L. 2. §. si consanguinea ff. ad Tertyll.* Ainsi lorsque sa representation vient à la succession de l'ayeul, il n'est point vray de dire qu'elle se fasse d'un homme vivant, puisqu'il est tellement retranché du nombre des enfans par sa renonciation gratuite, que le nombre des enfans en diminuë à proportion pour la supputation du droit d'aînesse, comme nous établirons au liv. 3. chapitre des Renonciat. Sect. 2. Que si c'est l'aîné qui renonce, le droit d'aînesse est devolu au second fils hors la Coutume de Paris, qui a une disposition contraire, art. 310. Enfin, celuy qui renonce gratuitement ne fait point part dans la supputation de la legitime des autres. Il n'est donc pas vray de dire que le fils du renonçant venant à la succession de l'ayeul represente en ce cas un homme vivant, & c'est ainsi que l'on doit entendre, ce semble, cette maxime de nostre Droit que l'on

7. Exemples qui justifient cette proposition.

ne represente point un homme vivant, ce qui est à dire, un homme qui vit actuellement & qui n'est pas reputé mort.

8. Que celui qui renonce gratuitement ne remplit pas son degré.

En effet, quelle raison y auroit-il d'empêcher que l'on ne represente celui qui vit actuellement; mais qui est reputé mort? celle que l'on a coutume d'alleguer consiste à dire, que celui qui vit remplissant son degré, ses enfans ne peuvent pas remplir ce même degré, ce qu'ils feroient par la representation; mais cette raison n'est pas valable, quand il s'agit d'une renonciation gratuite; car celui qui n'a rien & qui est vuide des biens du défunt, ne remplit pas le degré, mais bien celui qui a reçû quelque chose du défunt, ou de ses heritiers, & qui renonce ainsi, *aliquo dato*.

9. Difference entre celuy qui renonce gratuitement & celuy qui renonce *aliquo accepto*.

Celui qui renonce gratuitement est au même état à l'égard des coheritiers, que s'il étoit decedé avant celui de la succession duquel il s'agit; mais celui qui renonce *aliquo dato*, vit toûjours à leur égard, quoy qu'il soit predecedé, parce qu'il emporte sa part. Aussi Maître Charles du Molin sur l'art. 241. de la Coutume du Maine a dit, que le fils du renonçant ne vient pas à la succession avec ses oncles par representation; mais y vient *ex successorio edicto, si sint proximiores in linea vel æque propinqui cum aliis succedentibus vel representantibus*, où il ne parle vrai-semblablement que d'une renonciation à une succession échûë par les raisons dites cy-dessus; & de plus il parle d'une renonciation gratuite, autrement les enfans du renonçant ne viennent pas même en degré égal.

10. Pourquoy dans l'opinion de ceux qui soûtiennent cette affirmative, les enfans de celuy qui renonce viennent avec leurs cousins germains, & non avec leurs oncles.

Pour répondre à l'objection ordinaire qui consiste à dire, que si l'on admettoit que l'enfant de celui que renonce sans avoir rien reçû vienne à la succession en égal degré & avec ses cousins germains, l'on pourroit bien admettre qu'il y vinst par representation de son pere & avec ses oncles, puisqu'en l'un & en l'autre cas il represente un homme qui est reputé mort, & que cependant nous avons cy-dessus decidé le contraire, & nous avons dit, qu'il ne pouvoit pas venir par representation: ceux qui soûtiennent ce party, répondent, qu'afin que l'enfant de celui qui renonce gratuitement puisse venir avec ses oncles, il faut deux fictions; l'une qui feigne la mort du renonçant, & l'autre qui feigne que le fils soit en son degré & place; mais afin que le fils du renonçant succede en égal degré, il ne faut que la fiction de la mort du renonçant, laquelle fiction est assez naturelle, celui-là étant reputé mort à l'égard de ses coheritiers, qui ne prend rien dans les biens de la succession.

11. Réponse de ceux qui soutiennent l'affirmative à la maxime, qu'en directe on vient toûjours par representation.

A l'égard de l'autre maxime que l'on vient toûjours par la representation en ligne directe, ceux qui soutiennent ce party, disent que quoy qu'en ligne directe l'on feigne une espece de representation, même en égal degré, & entre cousins germains pour les faire partager par souches, neanmoins les cousins viennent en ce cas sans changer de place, & viennent de leur chef. D'ailleurs la representation qui a lieu en ce cas, n'est pas precisément pour les faire venir à la succession, car ils y viennent d'eux-mêmes étant en égal degré; mais elle ne concerne que la maniere de partage, & n'est necessaire que pour les faire partager par souches, ce qui fournit encore une autre raison pour montrer que le fils du renonçant gratuitement peut venir avec ses cousins; qui est de dire que non-seulement il represente un homme mort en ce qu'il ne prend rien, & n'a jamais rien pris; mais à proprement parler, il ne vient pas par representation, puisqu'il ne monte pas d'un

12. Que le fils de celuy qui renonce gratuitement venãt avec ses cousins, partage plûtost par souches, qu'il ne vient par representation.

degré, ce qui est l'effet naturel de la representation, & il partage plutôt par souches, qu'il ne succede par representation, c'est-à-dire, qu'il succede par luy-même, & qu'il partage par souches.

13. Observations du Droit Romain qui confirment cette pensée.

Aussi la plusparț des textes du Droit Romain qui appellent les petits-fils en égal degré, se contentent de dire qu'ils viennent par souches, sans exprimer qu'ils entrent dans le lieu & place de leurs peres; ainsi il est dit au tit. des instit. *de hæredit. quæ ab intest. defer. non in capita, sed in stirpes*, & la Loy 2. *de suis & legit. heredit.* dit, *nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato, non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt*; & lorsque la Loy parle de la subrogation dans le lieu & place, elle suppose un degré inégal, ainsi la Nov. 118. ch. 1. dit, *ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descẽdentes in proprii parentis locum succedere*, & ensuite, *in hoc enim ordine gradum quæri nolumus, sed cum filiis & filiabus ex præmortuo filio aut filia nepotes vocari sancimus*. De même aussi le §. *cum filius inst. de heredit. quæ ab int. defer.* lorsqu'il dit, *in parentis sui locum succedere*, il suppose des petits-fils qui viennent avec leurs oncles, & commence ainsi, *cum filius filia-ve & ex altero filio nepos neptisve existunt*: Ainsi quand la Loy parle d'égalité de degré elle fait simplement mention du partage par souches; & quand elle parle de ceux qui viennent en degré inégal & par representation, quoy que ce mot soit inconnu dans le Droit, elle dit que les petits-fils montent dans le degré de leur pere, *in locum patris sui succedere*.

14. Qu'il y a des partages par souches où il n'y a point de representation.

L'on verifie aussi dans les Loix qu'il y a quelquefois des partages par souches, où il n'y a pas neanmoins de representation, comme lors qu'un petit-fils laisse un ayeul & une ayeule paternels, & un ayeul maternel seulement: car encore qu'il soit certain que la representation n'a point lieu en ligne ascendante; neanmoins l'on partage en ce cas par souches, & non par têtes, selon la Nov. 118. chap. 2. Ce qui montre, disent-ils, qu'il y a

15. Deux sortes de representations, l'une réelle & actuelle; l'autre fictive.

deux sortes de representations, l'une réelle, lorsque le representant entre dans la place du representé pour succeder avec des personnes qui sont en un degré au dessus de luy; & l'autre fictive où le representant ne monte pas d'un degré; mais il partage de la même maniere que s'il entroit dans le degré superieur, c'est-à-dire, qu'il partage par souches: & quand on dit que l'on ne represente pas un homme vivant, cela s'entend d'une representation actuelle qui fait monter en un degré superieur; mais ce n'est pas dire que l'on ne puisse sans changer de degré faire une espece de representation de la personne de celui qui a renoncé gratuitement, & partager par souches avec ceux qui sont en pareil degré, ce qui est le sentiment de Bartole sur la Loy *Qui superstitis* 94. *ff. de adquir. hered.* où il dit que les enfans du renonçant viennent à la succession de leur ayeul quand ils se trouvent en concurrence avec leurs cousins, *& sic in casu successorii edicti*: Autre chose est, quand ils sont en concurrence avec leurs oncles, auquel cas ils auroient besoin d'une representation actuelle. Au reste, cette opinion a esté suivie par Maître Jean Marie Ricard sur la Coutume de Senlis, quoy qu'il convienne que l'usage est contraire.

16. Sentiment de Bartole sur cette question.

RAISONS POUR LA NEGATIVE.

17. Conclusion pour la negative.

Nonobstant tout cela, il faut dire que le fils du renonçant est exclus en ce cas, parce qu'il ne

pourroit venir que par representation, & qu'il ne peut pas representer en quelque maniere que ce soit son pere qui est vivant. En effet, l'on ne peut rendre de raison de difference, pourquoi en ligne collaterale égale l'on partage par têtes, par exemple, entre cousins germains qui viennent à la succession d'un oncle, au lieu qu'en ligne directe entre les mêmes cousins qui viennent à la succession de leur ayeul, le partage se fait par souches, sinon que la representation a lieu en ligne directe à l'infini, même en égal degré, pourvû qu'il y ait diverses souches; & qu'elle n'a pas lieu de même en ligne collaterale, ce qui montre la necessité de la representation dans la ligne directe, & cette representation est bien actuelle, puisqu'elle a l'effet d'une representation réelle & actuelle, & que c'est par elle seule que nous avons en ce cas le partage par souches.

18. Preuve que dans la directe en égal degré on vient toûjours par representation actuelle.

Aussi Maître Charles du Molin a pris à partie là-dessus les Avocats de Moulins, qui étoient de la premiere opinion, & dit sur l'art. 306. de la Coutume de Bourbonnois, qui porte, que les termes de representation sont és successions directes des ascendans ou descendans, *in infinitum. Advocati Borbonienses semper consuluerunt & judicaverunt*, que les termes de representation s'entendent *data inaequalitate partium & actuali repre entatione &c.* ce qu'il taxe d'heresie dans la suite.

19. Sentiment de du Molin.

Pour sçavoir à present si le renonçant doit estre reputé pour mort quand il ne prend rien, & qu'il n'a jamais rien pris, ensorte que l'on puisse le representer actuellement (puisqu'il faut ici une representation actuelle, mais en quoy elle differe d'avec celle qui se fait en degré inégal, c'est qu'elle est reciproque, tous les cousins germains qui succedent à l'ayeul venant par representation; au lieu qu'en degré inégal la representation ne se fait que d'un côté) ce qui me fait incliner pour la negative, c'est la generalité de la maxime que l'on ne represente jamais un homme vivant. Je la trouve dans Maître Jean des Mares decis. 282. en ces termes, *representation n'a pas lieu vivant pere & mere, car le pere & la mere des enfans sont plus prochains de leurs enfans que ne sont leurs enfans*: elle se trouve aussi dans Maître Charles du Molin, sur l'art. 241. de la Coûtume du Maine, en ces termes: *Nota quod representatio nunquam est de persona vivente, sed tantum de parente mortuo naturaliter aut civiliter; itaque matre repudiante filii ejus non possunt venire per representationem, etiam in linea directa*, quoy qu'il ajoûte, *sed bene venient jure suo & ex successorio edicto, si sint proximiores in gradu vel aequè propinqui cum aliis succedentibus vel representantibus concurrendo*. Ainsi il faut demeurer d'accord, si la Note n'a point été falsifiée & allongée de ces derniers mots, qu'il a crû que l'enfant du renonçant pouvoit venir en égal degré.

20. De la maxime que l'on ne represente jamais un homme vivant.

Enfin ce qui me touche le plus, & me persuade l'exclusion des enfans du renonçant, c'est que le Droit établit bien en general que l'on ne vient point en la place d'un homme vivant, en la Loy *Si pœna 7. ff. de his qui sunt sui vel al. jur.* & en la Loy 2. *§. non solum ff. de excusat. tut.* & que l'on ne voit aucune Loy particuliere qui decide, que celui qui renonce gratuitement doive passer pour mort, ne l'étant ni naturellement ni civilement, & étant de l'ordre & de la regle des successions que celui qui vit naturellement & civilement remplisse son degré luy-même, & qu'on ne puisse venir en son lieu & place.

21. Il n'y a aucune Loy qui decide que celuy qui renonce gratuitement soit reputé mort.

REPONSES AUX OBJECTIONS.

Que si lorsqu'il s'agit de regler la quotité de la plus grande portion dans les fiefs qui appartiennent à l'aîné; le renonçant ne se compte point, c'est parce qu'afin que l'aîné soit reduit à la moitié dans les fiefs: il ne suffit pas, par exemple, qu'il y ait trois enfans; mais il faut qu'il y en ait trois qui soient heritiers: ainsi on ne compte point le renonçant. 22. Réponse à la premiere objection.

De même, si dans la supputation de la legitime on ne compte point ceux qui renoncent gratuitement, c'est en faveur des legitimaires, & afin que ces renonçans, qui ne prennent rien, ne diminuent point leur legitime. Si l'on veut même en l'un & l'autre cas, le renonçant gratuitement est reputé mort en quelque façon, mais ce n'est ni d'une mort civile ni d'une mort naturelle. Or dans la question dont il s'agit, supposé nôtre principe que l'on vient toûjours en ligne directe par representation, & que le representant entre en la place du representé: Il faut necessairement que celui qui est dans le plus proche degré subisse une mort naturelle ou une mort civile, afin que l'on puisse le representer & entrer en son lieu & place, ce qui sera expliqué dans le chapitre de la legitime, en répondant à une objection importante que l'on peut faire sur ce sujet. 23. Réponse à la seconde.

Enfin la plus grande partie du Palais donne aujourd'hui dans cette opinion, qui est même autorisée des Arrests, entre lesquels il y en a un du 7. Decembre 1628. qui est un des Arrestez de la cinquiéme, qui a jugé pour la Coutume de Melun, qu'un frere ayant renoncé à la succession de son frere, ses enfans ne pouvoient y venir, non pas même en concurrence avec des cousins germains; ce qui étant jugé pour la ligne collaterale, où la representation n'a point lieu entre cousins, doit être suivi à plus forte raison pour la ligne directe, où elle a toûjours lieu. Monsieur le Prestre au même endroit où il rapporte cet Arrest de la cinquiéme, en allegue deux autres, l'un du 21. Janvier 1595. donné pour la Coutume de Poitou, & l'autre du 29. Juillet 1602. donné pour la Coutume d'Orleans. Il y en a aussi un pour la ligne directe en date du 11. Decembre 1612. rapporté par Chenu qu. 123. & un autre du 1. Juillet 1614. & ces deux Arrests sont aussi citez par Fortin & Ric. sur l'art. 319. de la Coutume de Paris. 24. Arrests sur ce sujet.

Il resulte de ce qui vient d'être dit, qu'en ligne directe les enfans du renonçant doivent être exclus quand ils ont des oncles ou des cousins; autre chose est lorsqu'ils ne viennent qu'entr'eux, parce que s'ils sont exclus par des oncles, ils ne le sont pas pour cela par des collateraux de l'ayeul, qui ne peuvent jamais venir tandis qu'il reste des descendans qui se portent heritiers. 25. Les enfans de celui qui renonce, lequel est fils unique, peuvent venir à la succession de leur ayeul.

Il faut dire sur le même fondement que si, aprés la mort de l'ayeul, le fils unique vient à deceder sans avoir accepté la succession de l'ayeul, & sans y avoir renoncé, & que les petits-fils jugent à propos de renoncer à la succession de leur pere, qui est le fils de l'ayeul, peutestre parce qu'elle est chargée de procés, & demande trop de discussion, ces petits-fils ne laisseront par de se pouvoir porter heritiers de l'ayeul, en supposant que leur pere auroit renoncé s'il avoit deliberé: ce qu'ils ne feront pas par droit de representation, parce que l'on suppose que leur pere étoit vivant lors de la mort de l'ayeul, & d'aillers il étoit fils unique: ni par droit de transmission, parce qu'ils ne sont pas heritiers de leur pere, & qu'il faut l'être de celui qui transmet; mais de leur chef Quid des enfans de celuy qui n'a pas eu le temps de deliberer.

& ex successorio edicto. Ce cas particulier est prévû par la Loy derniere, *C. unde liberi*, & par la glose sur la Loy *Si quis filium §. si filius ff. de adquir. vel omitt. heredit. verb. abstinere*, où elle dit sur ce sujet, *Sed si vellet abstinere à paterna & habere avitam, posset*. C'est ainsi que nous dirons au liv. 2. chap. 5. du doüaire, sect. 2. nomb. 13. que quand le fils est decedé sans opter la succession de l'ayeul, ou le doüaire, dans la même succession, les petits-fils renonçant à la succession de leur pere qui est ce fils de l'ayeul, pourront feindre que leur pere a esté heritier de l'ayeul, pour augmenter leur doüaire dans la succession de leur pere, & pour avoir à ce titre la moitié des biens immeubles de l'ayeul, ses dettes déduites.

RAISONS CONTRE LES PETITS-FILS.

Que si le fils qui est ainsi decedé pendant le délai de deliberer, avoit des coheritiers dans la succession de l'ayeul, il semble que les petits-fils n'auront pas droit de venir à cette succession en renonçant à celle du fils, parce qu'ils n'y pourroient venir que par representation, & que l'on ne peut pas representer un homme qui vivoit lors de la succession échûë. En effet, s'ils supposent que leur pere auroit esté heritier de leur ayeul, ils en sont exclus, puisque la succession de leur ayeul est confuse avec celle de leur pere, à laquelle ils ont renoncé: & s'ils supposent que leur pere auroit renoncé, ils avoüent en même temps un droit dévolu au profit de leurs oncles, qui les exclut absolument de la succession de leur ayeul. Car de dire que la personne de celuy qui n'a pas deliberé ni pris de qualité, ne sert ni ne nuit, & doit estre considerée, comme si elle n'avoit jamais esté, ce seroit aller contre nôtre regle, *le mort saisit le vif*, qui oblige de supposer necessairement que le fils qui a survécu au pere, & qui estoit capable de luy succeder, ou a esté son heritier, ou a renoncé à sa succession, ce qui nous empêche par consequent de faire ici l'application de la Loy *Qui se patris 3. C. unde liberi*, d'autant plus que dans nôtre espece les petits-fils peuvent demander le doüaire dans les biens de leur pere, & supposant que leur pere a esté heritier de leur ayeul, profiter ainsi à titre de doüaire d'une partie des biens de leur ayeul, suivant ce que nous avons dit au liv. 2. chap. 5. des Doüaires, sect. 2. nomb. 13. qui a déja esté cité.

RAISONS POUR LES PETITS-FILS.

Il faut convenir neanmoins que cette question a ses difficultez, parce qu'en s'y appliquant l'on sent un certain instinct d'équité qui porte à soulager ces petits-fils. Mais ce qu'il y a de fâcheux pour eux, c'est que le texte du Droit Romain dont ils peuvent appuyer leur pretention, qui est cette Loy 3. *C. unde liberi*, & la glose que nous avons sur cette Loy, sont au jugement de Bartole aussi difficiles à entendre, que la question à resoudre. L'on voit bien que la Loy dit, que celuy qui renonce à la succession de son pere, ne peut pas par le Droit Civil estre heritier de son ayeul predecedé; mais seulement par le Droit du Preteur, & par le titre *unde liberi. Qui se patris post avum intestatum defuncti negat heredem, mortui avi paterni suscipere facultates non potest maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem*: mais l'on ne sçait, dit Bartole, si elle parle d'un fils & d'un petit-fils en la puissance de l'ayeul: ou si elle les suppose tous deux émancipez: ou si elle suppose que le fils estoit en la puissance de l'ayeul & le petit-fils émancipé: ou que le fils estoit émancipé, & le petit-fils en la puissance de l'ayeul; toutes choses qui sont des differences essentielles pour la succession, selon le Droit Civil, estant constant que si le fils & le petit-fils estoient en la puissance de l'ayeul, le petit-fils ne pouvoit venir que *jure Pretorio*: de même s'ils estoient tous deux émancipez; de même si le fils estoit en la puissance, & le petit-fils émancipé; mais que si le fils estoit émancipé, & le petit-fils en la puissance, il seroit vray de dire, contre les termes de la Loy, que le petit-fils viendroit selon le Droit Civil, comme estant le plus proche sous la puissance de l'ayeul. A mon égard il m'a toûjours semblé que cette Loy supposoit que le fils estoit en la puissance de l'ayeul, & qu'elle entendoit dire que le petit-fils, soit qu'il fust en la puissance du même ayeul, soit qu'il fust émancipé, estoit exclus des biens de l'ayeul par le Droit civil, parce qu'il renonçoit à la succession du fils; mais que le fils n'aïant point accepté la succession de l'ayeul, le petit-fils pouvoit venir *jure Pretorio*, & comme enfant par la possession des biens *unde liberi*, en supposant que le fils de l'ayeul qui est son pere s'estoit abstenu, & cela à peu prés de la même maniere que dans l'exemple déja cité, nous donnons parmi nous la faculté au petit-fils qui renonce à la succession de son pere fils de l'ayeul, de supposer que son pere qui n'a pas deliberé, avoit esté heritier de l'ayeul, ou avoit renoncé à sa succession, afin que ce petit-fils, supposant le premier, ait dans son doüaire la moitié des biens immeubles de l'ayeul, ou ne supposant que le second, s'il le veut bien ainsi, il ait le quart de ces mêmes biens. Or cette explication de la Loy qui est conforme à ce que nous en a dit Monsieur Cujas en ses Observations, liv. 4. ch. 6. semble assez avantageuse aux petits-fils dans nôtre espece, puisqu'elle va à decider que le premier rang estant occupé par le fils, qui estoit le plus proche & sous la puissance de l'ayeul lors de son decés, le petit-fils ne laisse pas de venir au moins par le Droit du Preteur, qui est chez nous l'équité du Juge. Je dis par le Droit du Preteur, d'autant que l'Edit des successions appellé *successorium Edictum*, n'avoit point lieu entre les enfans plus proches en puissance, qui s'appelloient *sui*, parce que quoiqu'il leur fust permis de s'abstenir, neanmoins ce n'estoit encore que par le Droit du Preteur que cela leur estoit permis, & ils restoient toûjours heritiers selon le Droit Civil, lequel consideroit en cela le moment du decés, comme il resulte du §. 2. vers. *ita demum* aux Instit. *de heredit. quæ ab intest. defer.*

Resolution contre les petits-fils.

Nonobstant tout cela je reviens à mes principes, & dis derechef que dans nôtre espece, ces petits-fils seront exclus par leurs oncles: parce que le fils qui a survécu l'ayeul, a esté necessairement ou heritier ou renonçant; qu'au premier cas sa part dans les biens de l'ayeul ne peut jamais appartenir aux petits-fils qui renoncent à sa succession; au second cas elle est devoluë aux autres fils de l'ayeul, dont l'addition comprend tout ce qui les concerne, à quelque titre que ce soit, quand elle seroit posterieure à celle de ces petits-fils: parce qu'elle a un effet retroactif au temps du decés. Aussi la Loy *qui se patris C. unde liberi*, ne suppose point, que l'ayeul ait laissé d'autres enfans, & Bartole sur cette même Loy, supposant qu'entre les petits-fils il y en ait qui acceptent la succession du fils, & d'autres qui y renoncent, conclut que les renonçans seront absolument exclus de la

succession de l'ayeul par les acceptans qui viendront pour le tout en qualité d'heritiers de leur pere, & par droit de transmission à la succession de leur ayeul. Or il en faut dire autant dans nôtre hypothese, où l'on suppose que l'ayeul a laissé d'autres fils. En effet, quel sujet de plainte ces petits-fils peuvent-ils avoir, puisque si leur pere avoit accepté de son vivant la succession de l'ayeul, ils en auroient esté absolument exclus, comme aussi au cas qu'il eût renoncé ? Le tout au moyen de leur renonciation à la succession de leur pere fils de l'ayeul. Cette décision n'est pas moins juste que ce que nous avons établi au chap. 3. de ce même Livre, que les enfans d'un incapable qui luy naissent depuis la mort de l'ayeul sont exclus par les autres enfans de l'ayeul, quoique la succession ait esté long-temps vacante, & que même ces autres enfans de l'ayeul ne se soient portez heritiers que depuis que les petits-fils sont nez de l'incapable. Enfin ce qui vient d'être dit, sert à expliquer l'Arrest de la prononciation de Noel de 1551. rapporté par du Luc, liv. 8. tit. 10. Arr. 1. sans quoy cet Arrest qui a jugé, dit cet Auteur, que la transmission a lieu en directe, ne se verifieroit pas toûjours, puisqu'il est necessaire que les petits-fils soient heritiers du fils, ou que le fils ait esté unique, sans quoy il n'y a point de transmission dans les successions.

Pour répondre à present à ce qui a esté objecté de la matiere du doüaire, où les petits-fils qui renoncent à la succession du fils decedé sans avoir deliberé, sont reçûs à prétendre qne leur pere a esté heritier de leur ayeul, afin d'augmenter leur doüaire : il est certain que cette espece est bien differente, puisqu'on y suppose les petits-fils non pas demander d'estre heritiers de l'ayeul, mais soûtenir seulement en qualité de doüairiers, c'est à dire, de creanciers de la succession de leur pere, qu'il avoit esté heritier de leur ayeul ; ce qui ne leur peut estre contesté ni par leurs freres heritiers du pere & de l'ayeul, ni par leurs oncles heritiers de leur ayeul, & ceci même est un recours dans l'espece proposée, pour les petits-fils, par lequel ils s'indemnisent de ce qu'ils demeurent exclus de la succession de l'ayeul, en supposant que leur pere a esté son heritier, & que sa succession a augmenté leur doüaire.

Que si dans la même espece les petits-fils avoient renoncé à cause des dettes du fils, cela ôteroit la difficulté, puisque les creanciers du fils ne manqueroient pas de demander sa part dans la succession de l'ayeul.

Il arrive aussi quelquefois qu'un neveu, par exemple, estant heritier presomptif, & neanmoins ayant esté fait legataire universel, a pris possession des biens de la succession sans accepter precisément le legs ni la succession : ce qui fait difficulté pour sçavoir si en mourant il a pû disposer du total comme acquest, ou s'il a dû reserver les quatre quints, & cela dépend de sçavoir ce qui luy estoit plus avantageux, ou du legs, ou de la succession : & comme le legs est un titre gratuit qui fait des acquests dont on peut disposer sans reserve, l'on jugera volontiers que le deffunt a executé le testament, la délivrance n'estant point necessaire à celuy qui d'ailleurs est unique heritier, ce qui le saisit de son legs universel, qui dans ce cas particulier comprend tous les propres.

16. Autre exception

Il faut encore excepter cette espece en laquelle on suppose qu'un pere laissant trois fils, & de chacun d'eux des petits-fils, il arrive que les trois fils renoncent ; car en ce cas les petits-fils sont receus à la succession, même au cas que les renonçans ayent esté donataires, quoique cela soit peut-estre contre la rigueur des regles ; mais cela arrive ainsi, parce qu'ils sont tous preferables à des collateraux, ainsi c'est un cas où les enfans du renonçant qui ont des cousins germains, ne laissent pas de venir à la succession.

au cas que le pere laisse plusieurs fils qui renoncent tous.

17. Si en ce cas ils viennent par souches ou par testes.

La grande question en ce cas est de sçavoir s'ils y viennent par souches ou par testes : car d'un côté c'est une maxime que tant qu'il y a diverses souches en directe, l'on ne succede jamais que par souches ; & de l'autre, c'est un principe que là où il n'y a point de representation, il n'y a point de partage par souches : or il n'y peut avoir de representation en cette espece, puisque les trois fils sont encore au monde, & que l'on ne les peut par consequent representer.

18. Resolution qu'ils viennent par souches

Pour moy j'estime qu'en ce cas les petits-fils viennent par souches & par égalité de branches, & que c'est un exemple en ligne directe descendante, où l'on partage par souches sans venir par representation, comme il y en a un dans l'ascendante, qui est quand les ayeuls paternels & maternels succedent entr'eux à leur petit-fils, si ce n'est que l'on franchisse le pas, en disant qu'il y a representation. En effet, la raison de cette maxime que l'on ne represente point un homme vivant, qui est que l'heritier presomptif venant à renoncer, son droit est aussi-tôt acquis à ses coheritiers, ne milite point ici, puisque tous les heritiers presomptifs qui sont les trois fils, renonçent également, aucun d'eux par consequent ne pouvant profiter de l'accroissement : quoique si l'on suppose que le deffunt leur ait fait des donations, cette circonstance nuit beaucoup à cette fiction, estant difficile de passer pour morts des enfans qui vivent, & qui sont donataires. Ainsi il s'en faut tenir à ma premiere raison, que dans cette espece tres singuliere, comme dans l'exemple que j'ay cité de la ligne ascendante, les petits-fils succedent par égalité de branches, & par souches, quoiqu'il n'y ait ici qu'une image de la representation, laquelle representation est plûtôt des degrez, que des personnes.

19. Que les enfans de celuy qui renonce viennent en ligne collaterale en égal degré.

Enfin, il y a plus de difficulté en ligne collaterale ; car si le fils du frere qui renonce est exclus de la succession de son oncle, par ses autres oncles, par la même raison que nous avons rapportée pour la ligne directe, qu'il n'y pourroit venir que par representation, qui ne se peut faire d'un homme vivant, & ne se fait jamais que d'un pere mort, ou naturellement ou civilement, cette raison ne milite pas dans les autres degrez de la collaterale, où je ne vois pas de raison formelle qui doive exclure les enfans du renonçant, qui ne viennent point par droit de representation. Et il y a apparence que l'Arresté de la cinquiéme Chambre des Enquestes du 7. Decembre 1628. ne fut pas rendu precisément dans cette espece, & qu'il restoit un frere qui excluoit les enfans du renonçant.

Tout ce qui vient d'estre dit justifie que Monsieur Benoist, lequel sur le chap. *Raynut. in verb. & uxorem nomine Adelasiam, decis. 5.* a toûjours admis les enfans du renonçant, s'est un peu écarté de l'usage, lequel au contraire les admet rarement, la representation leur faisant presque toûjours obstacle.

DISTINCTION II.

DISTINCTION II.

Des enfans de l'incapable.

SOMMAIRE.

1. *Si le fils de l'incapable peut venir à la succession de l'ayeul en degré égal ou inégal.*
2. *Resolution pour l'affirmative.*
3. *Coutumes qui en disposent.*
4. Quid *des enfans nez & conçûs depuis la mort de l'ayeul.*
5. *Si des collateraux de l'ayeul excluent ce fils.*
6. Quid *s'ils n'ont pas encore pris possession.*
7. *Qu'en tous ces cas il est dû des alimens au fils de l'incapable.*

1. Si le fils de l'incapable peut venir à la succession de l'ayeul en degré égal ou inégal. C'Est aussi une question de sçavoir si le fils de l'incapable peut venir à la succession de l'ayeul en degré égal ou inégal, (ce qui est la même chose en directe, où l'on vient toûjours par representation quand l'on n'est pas au plus prochain degré;) & neanmoins afin que la difficulté soit plus précise, l'on peut supposer que le fils de l'incapable, comme du banny à perpetuité du Royaume, pretende venir avec ses oncles à la succession de son ayeul, & il faut dire qu'il y est recevable, suivant la disposition précise de la

2. Resolution pour l'affirmative. Loy *Si qua pœna ff. de his qui sunt sui vel alieni juris*, qui dit, *si qua pœna pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus pœna efficiatur, sine dubio nepos filii loco succedit*; & la raison de cela est, que le banny & en general celuy qui a souffert la derniere perte de son état, est mort civilement, & que la representation de celuy qui est mort civilement ou naturellement, est de droit: *representatio fit de mortuo naturaliter aut civiliter.*

3. Coutumes qui en disposent. Ce cas a même esté prévû par quelques-unes de nos Coutumes, qui admettent precisément le fils de l'incapable à la succession, comme la Coutume de Bourbonnois, art. 312. & celle de Sens, art. 97.

L'on peut demander si les enfans qui naissent à l'incapable depuis la mort de son pere, viennent à cette succession échuë avant leur naissance, & il faut conclure pour la negative, suivant ce qui a esté dit cy-dessus Chap. 3. 4. Quid des enfans nez & conçûs depuis la mort de l'ayeul.

Enfin, ce fils né & conçû depuis la mort de l'ayeul, sera non-seulement exclus par ses freres & sœurs; mais encore par les collateraux de son ayeul: parce que son pere qui estoit incapable, ne luy a pû transmettre le droit de succeder qu'il n'avoit pas luy-même, & c'est l'avis de Mathesilanus *de success. ab int. memb. 1.* nomb. dernier. En effet, c'est un droit acquis aux collateraux du jour du decés. J'estime même que cette décision auroit lieu en cas que, lors de la naissance du petit-fils, il n'y eût point encore d'immixtion de la part des collateraux, parceque les additions d'heredité ont un effet retroactif au temps du decés, & l'heritier est saisi de ce jour. 5. Si des collateraux de l'ayeul excluent ce fils. 6. Quid s'ils n'ont pas encore pris possession.

Il y a pourtant apparence qu'en tous ces cas il seroit dû des alimens au petit-fils qui n'en auroit point d'ailleurs, lesquels on devroit égaler à la legitime qu'il auroit pû avoir dans les biens de l'ayeul, s'il estoit venu plûtost au monde. 7. Qu'en tous ces cas il est dû des alimens au fils de l'incapable.

DISTINCTION III.

Des enfans de l'indigne.

SOMMAIRE.

1. *Les enfans du parricide sont exclus à toûjours de la succession de l'ayeul.*
2. *Arrest contre la Morineau.*
3. *Arrest contre les enfans d'une sœur qui avoit fait assassiner son frere.*
4. *Autre chose est à l'égard des enfans d'un mari qui a fait assassiner sa femme.*
5. *Ce qui a esté dit des enfans du parricide, s'entend même de ceux qui sont nez depuis le crime.*
6. *Autre cas d'indignité, où l'on agite l'interest des enfans, renvoy.*
7. *Des enfans de l'exheredé, renvoy.*

IL y a plus de difficulté à l'égard des enfans de l'indigne, parce que le deffaut de l'incapable regarde le public; mais le deffaut de l'indigne regarde le pere, de la succession duquel il s'agit:

1. Les enfans du parricide sont exclus à toûjours de la succession de l'ayeul. & premierement, si le fils violant dans une seule action tous les droits de la nature, a ôté la vie à celuy dont il l'avoit reçuë, il est indubitable que ses enfans ne peuvent venir en façon quelconque à la succession de cet ayeul, ni en degré égal, ni en degré inégal, & que dans les Coutumes où la confiscation n'a pas lieu, ils sont exclus par des collateraux, c'est la disposition de la Loy *Cum ratio §. prater ea ff. de bon. damnat.* & de la Loy *Lucius Titius ff. de jure fisci.*

2. Arrest contre la Morineau. Entre les Arrests qui ont confirmé nôtre proposition, il y a celuy de de la Morineau du 15. May 1655. c'estoit une femme, qui ayant fait assassiner son pere, & ayant depuis prescrit contre la peine, demandoit sa succession, & subordinément la faisoit demander par une sienne fille ou de son chef, ou au moins du chef d'une tante sœur du pere assassiné; & par l'Arrest prononcé par feu Monsieur le Premier President de la Moignon, la Cour declarant la Morineau non recevable, (elle affecta cette prononciation pour noter une si cruelle femme & une si injuste pretention,) debouta la fille de toutes ses demandes, feu Monsieur d'Ormesson, depuis Maître des Requestes, plaidant pour la Morineau, Maître Langlois & moy pour les possesseurs des biens du pere; ainsi l'on jugea que les descendans de cette parricide ne pouvoient jamais profiter directement

ni indirectement des biens du pere.

3. Arrest contre les enfans d'une sœur qui avoit fait assassiner son frere.

Il avoit déja jugé par un Arrest du 7. Aoust 1604. rapporté par Monsieur Loüet, en la lettre S. nomb. 20. qu'une sœur ayant fait assassiner son frere, ses enfans ne pouvoient venir en façon quelconque à la succession de leur oncle. Maître Julien Brodeau dit au même endroit, que c'estoit une tante qui avoit fait assassiner son neveu.

4. Autre chose est à l'égard des enfans d'un mary qui a fait assassiner sa femme.

Neanmoins un mary ayant tué sa femme surprise en adultere ou autrement, les enfans communs ne laissent pas de succeder à leur mere, de crainte que l'on ne punisse les enfans de la personne en qui l'homicide a esté commis, en voulant punir ceux de son meurtrier; au lieu de leur donner quelque consolation de leur perte.

5. Ce qui a été dit des enfans du parricide, s'entend même de ceux qui sont nez depuis le crime.

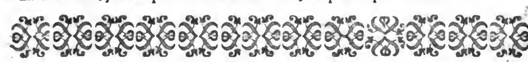
En second lieu, j'estime que les enfans du fils parricide doivent estre exclus de la succession de leur ayeul, soit qu'ils soient nez depuis ou avant le crime detestable de leur pere, c'est une branche qui a porté le venin sur sa tige, & n'en doit plus attendre de subsistance. Boërius decis. 25. Mich. Grass. §. *success. ab int.* qu. 35. nomb. 6.

6. Autres cas d'indignité où l'on agite l'interest des enfans, renvoy.

Il y a plusieurs autres causes d'indignité dont on pourroit douter si elles passent aux enfans, & les empeschent de venir à la succession de leur ayeul, mais cela sera traité dans un chap. exprés des indignes, liv. 3.

7. Des enfans de l'exheredé, renvoy.

C'est aussi une des questions des plus importantes de nostre Droit, de sçavoir si les enfans du fils qui a esté desherité par son pere, peuvent venir à la succession de leur ayeul, laquelle sera traitée liv. 3. chap. des representat. sect. 2.



CHAPITRE V.

De la Succession des ascendans.

SECTION I.

De la succession des ascendans aux meubles & acquests.

SOMMAIRE.

1. *De la succession des ascendans selon le Droit Romain.*
2. *Opinion de Michel Grassus.*
3. *Que hors le premier degré de l'ascendante il y a une espece de representation.*
4. *Exception de la regle qui appelle les pere & mere à la succession de leur fils.*
5. *Opinion que le pere succede seul aux biens de son côté, & la mere de même.*
6. *De la concurrence du pere & du frere germain.*
7. *Si le pere qui par son second mariage perd la proprieté de sa portion virile en la succession d'un de ses enfans, perd aussi l'usufruit des autres portions, appartenant aux freres du deffunt.*
8. Quid *du frere d'un côté.*
9. *Si les freres germains viennent avec les ayeuls.*
10. *Comment il partageront en ce cas.*
11. *Arrest sur ce sujet.*
12. *Que ce partage se doit faire par têtes.*
13. *Si en Droit les enfans des freres viennent avec des ascendans & des freres.*
14. Quid *s'il n'y a que des ascendans & des enfans des freres.*
15. *Comment se fait le partage en cas qu'il y ait des ascendans des freres & des neveux.*
16. *Si l'oncle vient à la succession de son neveu avec l'ayeul & les freres.*
17. *Des biens ausquels les descendans succedent selon le Droit.*
18. *De la succession des ascendans selon nôtre Drot.*
19. *Diverses Coutumes sur la succession des ascendans.*
20. *Si dans les Coutumes, qui ne font point mention des ayeuls au défaut de pere & mere, ils sont preferez aux freres.*
21. *Si la clause de realisation exclut toûjours le pere.*
22. *Au cas de la simple stipulation de propre.*
23. *Au cas de la stipulation* pour elle & les siens.
24. *Au cas de la stipulation* pour elle & les siens *de son côté & ligne.*
25. *Au cas de la stipulation d'employ.*
26. Quid *si le pere a donné avec clause de realisation, peut-il succeder à la somme, quand sa fille decede sans enfans.*
27. *Si l'ayeul ayant donné à sa petite-fille avec clause de stipulation de propre, & venant à deceder: Ensuite la donataire laissant des freres & sa mere fille du donateur, la mere en ce cas sera preferée aux freres, & en quelle qualité.*
28. Quid *s'il s'agit d'un heritage qui ait esté donné.*
29. *Conclusion en faveur de la mere.*
30. Quid *si c'est un propre fictif & une somme realisée.*
31. *Que la somme realisée une fois exigée du pere perd sa nature, mais qu'il ne peut y succeder, si le fils n'est mort majeur.*
32. *De la clause que tout ce qui viendra par donation, succession ou autrement, sera propre à elle & aux siens de son côté & ligne, & que ce n'est pas un moyen infaillible pour exclure le conjoint.*
33. *Si l'ayeul a donné & en même temps ameubli, sera-t-il exclus de succeder à cet immeuble.*
34. *Si le pere succede au propre que sa fille s'est ameubli.*
35. *Maniere de partager entre ascendans.*
36. *Des accroissemens en ligne ascendante.*

1. De la succession des ascendans selon le Droit Romain.

Lorsque quelqu'un est decedé sans enfans laissant des ascendans, ils sont preferez à tous les parens collateraux, exceptez les freres germains, (avec lesquels ils viennent de la maniere qui sera expliquée dans la suite.) Les ascendans plus proches excluent les plus éloignez, quoique de differentes lignes: ainsi le pere & la mere, qui succedent concurremment selon le dernier Droit, excluent les autres ascendans. Aprés eux viennent les ayeuls paternels & maternels; & je ne puis estre de l'avis de Michel Grassus, qui estime au §. *succession. ab int. qu.* 22. *n.* 2. que si quelqu'un laisse en

2. Opinion de Michel Grassus.

mourant sa mere & son ayeul paternel, ils doivent estre tous deux admis, car l'Authentique *defuncto C. ad Senat. Tertyll.* dit, *parentes si soli sunt succedunt, salvâ gradus sui prærogativa :* Or la prerogative du degré ne peut consister que dans l'exclusion du plus éloigné. D'ailleurs cette même Authentique appellant les freres germains en concurrence avec les ascendans, elle dit, *vocantur cum ascendentibus gradu proximis.* D'où l'on a formé cette maxime, *in ordine ascendentium, qui gradu proximior est, remotiorem excludit*, laquelle se trouve dans la Novelle 118. ch. 2. qui dit, *si autem plurimi ascendentium vivunt, hos præponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos & fœminas, sive paterni, sive materni sint.* Il y a plus, car le pere, par exemple, exclut l'ayeul maternel, même dans les biens de la mere, & de la ligne maternelle.

3. Que hors le premier degré de l'ascendant il y a une espece de representation.

Il faut observer neanmoins, que hors le premier degré il y a une espece de representation: car si quelqu'un laisse en mourant un ayeul paternel, & un ayeul & une ayeule maternels, le premier aura autant que les deux autres dans la succession, & c'est la disposition precise de la même Novelle 118. chap. 2. *Si autem eumdem habeant gradum, ex æquo inter eos hereditas dividatur ut medietatem quidem accipiant omnes à patre ascendentes; medietatem vero reliquam à matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit.*

☞ La Coutume de Tours art. 312. semble s'estre conformée à la Novelle; mais celle de Sedan art. 167. s'y conforme plus expressément, en disant, *Et si ledit deffunt ne delaissoit pere ne mere, ains ayeul ou ayeule d'un costé, & ayeul ou ayeule d'autre costé, les biens meubles & acquests immeubles dudit deffunt, se partiront par moitié également entre l'ayeul & ayeule paternels & maternels, sans avoir égard au nombre des personnes.* Voyez cy-aprés livre 3. chap. 5. sect. 2. nomb. 5. & suiv.

4. Exception de la regle qui appelle les pere & mere à la succession de leur fils.

Enfin, il faut observer, que quand on dit, que les pere & mere partagent la succession de leur fils, cela souffre quelque distinction à l'égard des biens. Car premierement, si le pere avoit son fils en sa puissance; comme il avoit de son vivant l'usufruit de ses biens aventices, *L. cum oportet 6. C. de bon. quæ lib.* il ne le perd pas par sa mort; parce que l'usufruit ne finit pas par la mort du proprietaire; mais bien par celle de l'usufruitier. Ce qui a son exception, comme l'on verra au nomb. 6.

5. Opinion que le pere succede seul aux biens de son costé, & la mere de même.

Secondement, selon plusieurs, le pere succede seul aux biens qui viennent de luy, ou de quelque autre ascendant de sa ligne, & de même la mere à ce qui vient d'elle, ou des ascendans de sa ligne.

En troisiéme lieu, selon les mêmes, il en faut dire autant des autres ascendans. Il faut dire neanmoins, que la mere sera preferée à l'ayeul paternel dans les biens même qui viennent du pere, à cause de la proximité du degré: semblablement le pere à l'ayeul maternel dans les biens même qui viennent du costé maternel. Et Balde sur la Loy *Quod scitis C. de bon. quæ lib.* & sur l'Authentique *defuncto C. ad Senat. Tertyll.* estime que la difference de biens n'a point lieu, & qu'entre ascendans on ne considere que la proximité du degré; la dérivation des biens n'estant considerable qu'à l'égard des gains nuptiaux, & c'est l'avis le plus suivi, & le plus conforme à la Novelle 118.

6. De la concurrence du pere & du frere germain.

Enfin, si quelqu'un laisse son pere & sa mere, & un frere germain, sa succession sera partagée entr'eux en trois portions égales, selon la même Novelle 118. chap. 2. sans que le pere ait aucun usufruit sur la portion de son autre fils, selon la Glose & Monsieur Cujas, & contre l'avis de Fernand. Bereng. & du Perier. Ce qui est fondé sur les termes de ce chap. 2. en ces mots: *Nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vendicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis jus & secundùm proprietatem per præsentem dedimus legem &c.* Ce qui est si formel, que l'on ne peut plus douter que le pere qui accepte la succession de son fils, & qui a une part virile en proprieté, ne soit déchû de tout usufruit sur les autres parts de ses enfans freres du deffunt.

7. Si le pere qui perd la proprieté de sa portion virile par son second mariage, perd aussi l'usufruit des autres portions appartenans aux freres du deffunt.

☞ On demande à ce sujet si le pere qui en convolant à de secondes nopces, perd la proprieté de la portion virile dans la succession de son fils où il concourt avec des freres germains, perd aussi l'usufruit des autres portions qui appartiennent aux freres germains, selon cette Novelle 118. chap. 2. Fernandus Berengarius explique cela, en disant que le pere perd en ce cas l'usufruit qu'il n'avoit pas auparavant, & qu'il auroit pû acquerir par la mort du fils sur les autres portions: c'est à dire des biens castrenses ou quasi castrenses, ou des biens laissez au pere avec condition qu'il n'en aura pas l'usufruit, & de tous les biens, supposé que le fils fût émancipé avant sa mort: mais qu'il ne perd pas l'usufruit qu'il avoit du vivant du fils, c'est à dire des biens profectices: la raison de Fernand, est que c'est une maxime établie en la Loy 3. *C. de usufructu*, que l'usufruit ne se perd pas par la mort du Proprietaire; ce qu'il justifie par le mot *vendicare*, qui marque une nouvelle acquisition, & semble signifier que le fils n'acquiert pas ce qu'il n'avoit pas auparavant, ce qui emporte qu'il conserve ce qu'il avoit: ensorte que selon Fernand la Novelle laisse au pere l'usufruit des biens profectices qu'il avoit auparavant. Despeisses tom. 2. part. 2. des Success. *ab int. n. 16. pag. 225.* est de même avis, par les mêmes raisons, & en rapporte trois Arrests de la Chambre de l'Edit de Castres, le premier du 12. Septembre 1609. le second du 29. Aoust 1612. & le troisiéme du 13. Septembre 1642.

Au contraire le Parlement de Grenoble au rapport de du Perier quest. nob. liv. 1. qu. 16. distingue. Car si le pere succede d'abord au fils, & qu'il perde ainsi l'usufruit des autres portions, & qu'ensuite il se rémarie, ce Parlement juge que par ce second mariage il perd encore sa proprieté, & qu'il ne recouvre pas pour cela l'usufruit des autres portions qu'il avoit déja perduës; mais que si le pere commence par son second mariage, & succede ensuite, il ne perd pas son usufruit: parce que n'ayant jamais la proprieté de sa portion virile, comme ayant esté privé par avance au moyen de ses secondes nopces, il ne peut pas estre privé de son usufruit; qui ne luy est osté qu'en consequence de la pleine proprieté qu'il acquiert de sa portion virile, selon la Nov. 118. chap. 2.

Perier ne suit point cette distinction, il dit qu'elle favorise plus le pere qui a le plus offensé son fils, s'estant marié de son vivant, & il conclut que le pere en l'un & l'autre cas a l'usufruit des autres portions, parce que la Novelle 118. ne luy ostant cet usufruit qu'en consequence de la proprieté qu'elle luy donne, on ne peut pas luy oster tout ensemble l'usufruit des autres portions & la proprieté de la sienne: il ajoute que le cas fût impréyû dans le Droit, parce que la Nov. 22. & l'Authentique *ex testamento*, n'a imposé la peine de la privation de la proprieté pour secondes nopces, qu'à la mere seulement & non au pere, &

qu'elle n'a esté étenduë au pere que par identité de raison, & par l'interpretation des Docteurs.

Il semble qu'il y a encore à redire à cette opinion : parce qu'elle ne s'accommode pas assez avec la Loy, & luy semble opposée : car enfin cette opinion donne au pere ce que la Loy luy oste par identité de raison de ce qu'elle a decidé contre la mere. Pour l'usage du Parlement de Grenoble, il est de pure invention, & n'a aucun fondement dans la Loy : outre l'inconvenient remarqué par Perier. D'où il resulte qu'à moins de proposer une quatriéme ouverture, on est obligé de s'attacher à l'opinion de Fernand, qui semble fondée dans le texte de la Loy, 1. en ce que la Novelle n'est pas censée oster au pere l'usufruit qu'il a eu une fois, & qui ne se perd point par la mort du Proprietaire, suivant la Loy 3. *C. de usufructu*, & la Glose sur cette Loy & sur la Loy 2. *C. de bon. mat.* lesquelles Gloses sont suivies de l'opinion commune des Docteurs. *Voyez* Rolland, Passager *de success. ab int. n. 12.* 2. La Novelle s'explique qu'il ne pourra pas vendiquer, c'est à dire acquerir un usufruit sur les biens, sur lesquels il ne l'avoit pas auparavant : ce qui comprend trois sortes de biens ; la premiere, les castrenses ou quasi castrenses ; la seconde, ceux leguez au fils avec la condition que le pere n'en aura pas l'usufruit ; la troisiéme, tous les biens ; en cas que le fils fût émancipé. 3. Quand elle rend raison de sa disposition, elle dit : *Quoniam pro hac usus portione, hereditatis jus & secundùm proprietatem, per præsentem dedimus legem.* Or ces mots, *pro hac usus portione*, marquent que la Novelle n'oste pas au pere tout l'usufruit des portions des freres, mais une une partie seulement : car la Loy ne dit pas *pro usu harum portionum* ; mais bien *pro hac usu portione.* Or supposé que la Novelle ait voulu separer l'usufruit de ces parts afferentes aux freres, en laisser une partie au pere, & luy en oster une partie ; il n'y a rien de plus pertinent que de luy laisser l'usufruit qu'il avoit déja auparavant, c'est à dire des biens profectices ; & de luy oster celuy qu'il n'avoit pas auparavant, & qu'il auroit dû acquerir par la mort de son fils.]

8. *Quid* du frere d'un costé. 9. Si les freres germains viennent avec les ayeuls.

Il n'en est pas de même des freres qui ne sont que d'un costé ; car ils ne viennent point en concurrence avec les pere & mere. Mais l'on demande si les freres germains viennent de même avec les autres ascendans, & comment se fait alors le partage ? Et il faut dire, contre l'avis d'Accurse, avec la plûpart des Docteurs, qui sont rapportez par Michel Grassus, *§. Success. ab intest. qu. 23. n. 2.* qu'ils concourent avec eux, ☞ & non seulement avec les ayeuls, mais avec les bisayeuls, quoy que plus éloignez d'un degré, les freres germains ne venant que par un droit nouveau & par grace tant qu'il y a des ascendans, & par consequent ne les devant jamais exclure ;]

10. Comment ils partageront en ce cas.

mais la Novelle 118. chap. 2. n'explique point de qu'elle maniere ils doivent partager, & ayant dit *si verò cum ascendentibus inveniantur fratres & sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si & pater & mater fuerint, dividenda quippe hereditate secundùm personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habeant portionem*, elle en demeure là, & ne parlant que du pere & de la mere, elle ne decide point comment le frere & la sœur succederont avec les ayeuls paternels & maternels ; supposé, par exemple, que le deffunt ait laissé un frere & un ayeul paternel, avec un ayeul & une ayeule du costé maternel. Car quelques-uns estiment qu'il faut diviser la succession en trois portions, dont l'une au frere germain ; l'autre à l'ayeul paternel ; & la derniere, à l'ayeul & l'ayeule du côté maternel, & c'est l'avis d'Henrys tom. 1. liv. 6. chap. 2. qu. 6.

Il y a un Arrest du Parlement de Toulouse de l'an 1599. qui est rapporté par Monsieur Maynard liv. 5. chap. 93. lequel, en pareil cas, ajugea à une sœur la quatriéme partie de la succession, & divisa le reste par souches entre les ayeuls qui se trouvoient en nombre inégal, en quoy ce Parlement suivit la maniere de partager entre ayeuls de differentes lignes & d'égal degré, qui doivent regulierement partager par souches, & la maniere des freres avec les ascendans qui est de partager par testes, suivant la Novelle 118. chap. 2. & ce préjugé semble meriter d'autant plus de consideration, que Monsieur Maynard, comme Juge en ce temps de la Chastellenie de saint Ceré avoit rendu une Sentence, qui fut confirmée, quoy qu'elle eust esté auparavant infirmée par le Juge d'Appeaux, où ressortit l'appel de saint Ceré. 11. Arrest sur ce sujet.

Cependant d'autres croyent indéfiniment que ce partage se doit faire par testes à cause du frere ; ce qui me semble plus juste & plus conforme au texte de la Loy, puisque souvent on a plus par le moyen d'un copartageant, que l'on auroit, si ce copartageant n'y estoit point ; ce qui se verifie en ligne collaterale, lorsqu'il y a d'un costé un frere du deffunt, un neveu fils unique d'un frere, & cinq autres neveux fils d'un autre frere ou d'une sœur du deffunt : car le neveu fils unique du frere, lequel n'auroit qu'un sixiéme dans la succession, s'il venoit seulement avec ses cousins germains ; & encore moins si ce frere qui reste, estoit decedé, & avoit laissé des enfans, se trouve avoir un tiers par le moyen de son oncle : ainsi il ne se faut pas s'étonner si en cette espece l'ayeul paternel n'a qu'un quart, & si la personne du frere produit un partage par testes ; au lieu qu'il se seroit fait par souches entre ayeuls des deux costez. 12. Que ce partage se doit faire par testes.

Aussi l'Authentique *defuncto*, établissant le partage par testes, quand les freres concourent, elle suppose en general qu'ils concourent avec les ascendans, & dit, *sed si cum parentibus fratres & sorores utrinque defuncto conjuncti supersint vocantur cum ascendentibus gradu proximis, ita ut viriles portiones fiant*, & comme si le mot de *parens* sembloit designer plus particulierement les pere & mere, au lieu de les repeter, elle use du mot d'*ascendans*, & la Novelle 118. chap. 2. dit, *si verò cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si & pater & mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundùm personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habeant portionem :* Or ces derniers termes semblent decider, que toutes les fois qu'il y a des ascendans, & des freres des deux costez, ils viennent tous par testes ; & c'est le sentiment de Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynutius in verb. uxorem nomine Adelas. decis. 5. n. 76. vers. ex quo sequitur, & d'Oliverius Textor de Success. n. 76.*

On peut encore demander si en païs de Droit écrit, les ascendans sont obligez de souffrir en concurrence avec eux les enfans des freres lorsqu'il reste aussi un frere, & comment ils doivent tous partager en ce cas ? Et il faut dire que la Novelle 118. chap. 3. n'admettoit point en ce cas les enfans des freres à la representation lorsqu'il y avoit 13. Si en Droit les enfans des freres viennent avec des ascendans & des freres.

des ascendans, mais que cela a esté corrigé par la Novelle 127. chap. 1. qui dit, *si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, & fratres qui possint cum parentibus vocari, & alterius præmortui fratris filios, cum ascendentibus & fratribus vocentur ejusdem præmortui fratris filii, & tantam accipiant portionem, quantam eorum pater accepturus erat, si vixisset.* Sur laquelle M. Cujas a dit en parlant des neveux, *Succedunt cum parentibus fratribusque defuncti, cum parentibus non item.*

14. *Quid s'il n'y a que des ascendans & des enfans des freres.* Ainsi aux termes du dernier Droit les enfans des freres viennent en ce cas par representation; mais ils en sont exclus, lorsqu'il n'y a point de freres du deffunt; quoy que cela fasse quelque difficulté, quelques-uns prétendant que l'ascendant ne donne pas moins lieu à la representation, que l'oncle frere du deffunt, & qu'en un mot le neveu vient à la faveur de son ayeul à la succession de son oncle par representation de la personne de son pere, parce que, ajoûtent-ils, quand la Novelle 127. ch. 1. dit, *Sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem & fratres, qui possint cum parentibus vocari & alterius fratris præmortui filios, cum ascendentibus & fratribus vocentur etiam præmortui fratris filii*, la particule *&*, qui est repetée en ce texte, est disjonctive, & non conjonctive, & signifie, qu'il suffit qu'il y ait un concurrent avec des neveux. Mais j'estime le contraire, & qu'en cet endroit cette particule est une conjonctive; car la Novelle 117. n'a corrigé la Novelle 118. qu'en ce que celle-cy ne donnoit point le droit de representation au neveu, quand il y avoit des freres & des ascendans concurremment; mais bien quand il venoit en concurrence avec des freres seulement: ce qui est marqué expressément dans la Preface de cette Novelle 127. *si verò moriens relinquat ascendentium aliquos & fratres ex utrisque parentibus conjunctos sibi & filios ex præmortuo fratre, fratres quidem jussimus per ipsam legem cum parentibus vocari, fratris verò filios exclusimus.* Ainsi dans le chap. 1. elle présuppose ce même cas de concours des ascendans, des freres & du neveu, & établit en corrigeant cette Novelle 118. que doresnavant dans ce même concours des ascendans des freres, & du neveu, celuy-cy sera admis, ce qui est remarqué par Monsieur Maynard, liv. 7. chap. 21. & quand il y a des ascendans des freres, & des neveux, les ascendans & les freres partagent par testes, & les neveux font une teste entr'eux. *Michaël Grassus §. successio ab intest. qu. 23. n. 5. Mathesilanus de succession. art. 2. princip. n. 9. Bened. in cap. Raynutius in verb. uxorem nomine Adelasiam decis. 5. n. 70. Oliver. Textor de Succession. n. 78.*

15. *Comment se fait le partage en cas qu'il y ait des ascendans des freres & des neveux.*

☞ Il faut excepter de nostre proposition principale les successions qui arrivent dans la Coutume de Bourbonnois, qui appelle en l'art. 314. les freres germains ou leurs enfans; cette disjonctive *ou* qui est dans cet article, decidant la Question en faveur des neveux.]

16. *Si l'oncle vient à la succession de son neveu avec l'ayeul & les freres.* Quoy que dans le Droit le neveu vienne avec l'ayeul & les freres germains à la succession de son oncle, il ne s'ensuit pas, que l'oncle vienne avec l'ayeul & les freres germains à la succession de son neveu; c'est pourquoy si l'on suppose, qu'un homme ait laissé en mourant un ayeul maternel, un frere germain, ensemble un oncle paternel, ce dernier sera exclus, parce que la representation n'est pas établie en sa faveur, comme au profit des neveux; il demeure dans le Droit commun, qui exclut le plus éloigné, car la vocation du neveu avec l'ayeul & les freres, est une correction de la Novelle 118. établie par la Novelle 127. & doit estre limitée dans son cas particulier, sans pouvoir estre appliquée à une autre espece, quelque ressemblance & quelque reciprocité que l'on s'imagine y trouver: outre que la difference des deux especes est évidente, l'oncle n'ayant point de representation établie en sa faveur qui l'approche d'un degré comme le neveu.

A l'égard des biens ausquels les ascendans peuvent succeder, l'on sçait que les biens acquis dans le Barreau ou dans la guerre, que les Jurisconsultes appellent *castrensia & quasi castrensia*, appartiennent pleinement au fils de famille, ensorte que de son vivant le pere n'en a pas l'usufruit, & encore moins lorsqu'il émancipe son fils; & aprés la mort du pere le fils ne les rapporte pas. Il en peut aussi disposer par testament, mais lorsqu'il n'en a pas disposé, ces sortes de biens appartiennent à son pere & à sa mere, même à ses freres germains, s'il en a laissé, aux termes de la Novelle 118. Voyez *Oliver. Textor de success. ab intest. n. 71.* Et à l'égard des biens que l'on appelle aventices, c'est à dire, qui n'ont point esté gagnez à la guerre ou au Barreau, & qui ne viennent pas aussi de la liberalité du pere, les pere & mere y succedent, comme il a esté dit cy-dessus, en concurrence avec les freres germains, selon le dernier Droit & la Novelle 118. Et ainsi le fils de famille qui ne peut pas disposer de ces sortes de biens, parce que la faculté de tester n'est donnée qu'à ceux qui sont maistres d'eux-mêmes, & non à ceux qui sont sous la puissance d'autruy, laisse necessairement ces biens à un heritier legitime, tout au contraire des biens acquis à la guerre, ou dans le Barreau. Cujas sur le titre du *C. de bonis quæ lib.* Et pour ce qui est des biens que le pere avoit donnez au fils de famille, ou qui viennent de la ligne paternelle, ils appartiennent au pere pour le tout; ce qui sera traité dans la suite & dans le chapitre du Droit de reversion: De même ceux qui viennent de la mere ou de la ligne maternelle, appartiennent à la mere. 17. *Des biens ausquels les ascendans succedent selon le Droit.*

La succession des ascendans n'est pas moins favorable dans nostre Droit que dans le Droit Romain; parce qu'elle porte toûjours un caractere d'équité; & comme il n'y a point de douleur plus sincere, que celle des peres qui perdent leurs enfans, l'un & l'autre Droit s'accordent dans le dessein de la soulager, & les motifs de la Loy *Nam etsi 15. de inoff. testam.* & de la Loy *Jure succursum. de jure dotium*, ne sont pas moins de nostre Jurisprudence que de celle du Digeste; Or nous avons sept sortes de successions pour les ascendans, suivant la Coûtume de Paris, dont la premiere est celle des meubles & acquests. 18. *De la succession des ascendans selon nostre Droit.*

Il y a des Coutumes dans le Royaume, où les pere & mere sont seuls heritiers de leurs enfans qui decedent sans enfans, telle est la Coutume de Tournay au tit. des success. art. 7. *Bona filii pater sine diminutione possideat, nec socium hereditatis habeat qui non habet luctus.* Ce sont les termes de Pline second parlant d'un certain Edit de Trajan. 19. *Diverses Coutumes sur la succession des ascendans.*

Aussi la Coutume de Haynaut tit. 19. art. 7. donne au pere & à la mere, quand ils survivent tous deux, les dommages & interests dont l'on compose pour l'homicide commis en la personne de leur fils, estimant leurs larmes les plus sinceres.

Il y en a où le pere a les meubles par preference à la mere, telle est la Coutume de la Salle & Bailliage de Lille tit. des success. art. 54. d'autres où cette preference du sexe a lieu entre ascendans pour les fiefs d'acquests; comme en la Coutume d'Acs, tit. 2. art. 23.

Il y en a d'autres où les pere & mere succedent

aux meubles ; mais les ayeuls en sont exclus, telle est la Coutume d'Anjou art. 270. & elle donne outre cela aux pere & mere l'usufruit des immeubles.

Il s'en voit qui admettent les pere & mere avec les freres germains & leurs enfans dans les meubles & acquests, telle est la Coutume de Bourbonnois art. 314. mais elle exclut aussi tous autres ascendans.

La plûpart au contraire, au deffaut des pere & mere, appellent les ayeuls & ayeules, degré à degré, c'est à dire, que le degré des pere & mere doit estre épuisé le premier, & que tant qu'il y a pere ou mere, les autres degrez ne sont point appellez. Aprés quoy vient celuy des ayeuls, ensuite celuy des bisayeuls, chacun des ascendans profitant par sa renonciation ou son deffaut, 1. à ceux de son degré, 2. à ceux du degré superieur.

Dans d'autres Coutumes il n'y a que les meubles qui appartiennent aux pere & mere par preciput: & pour les acquests ils sont partagez entre les pere & mere, & les freres & sœurs : & c'est la disposition de l'article 97. de la Coutume de Xaintes.

Il y a quelques Coutumes, qui admettent les ayeuls dans le partage des acquests, même des meubles, avec les freres & sœurs, neveux & niéces, comme la Coutume de Ribemont art. 67. celle de Bourgogne, chap. 7. art. 14. & 15. [☞ Cette Coutume de Ribemont, dont nous venons de parler, est locale de Vermandois, & il ne la faut pas confondre avec celle de Ribemont en Lorraine, pour laquelle on a jugé que le cousin germain excluoit le pere dans la succession mobiliaire, par un Arrest du 13. Decembre 1672. rapporté dans le Journal du Palais, partie deuxiéme, page 295.]

Nous en voyons d'autres qui rendant les pere & mere heritiers des meubles, y apportent cette exception, *pourvû que ces meubles ne leur viennent point de succession*, telle est la disposition de l'article 3. du tit. des success. de la Coutume d'Auvergne, en ces termes, *succedent aux meubles & acquests des descendans autrement faits & avenus que par hoirie ab intestat*, l'usage ayant retranché une certaine virgule que l'on vouloit mettre dans cet article aprés le mot de *meubles*.

Nous en avons qui donnant les meubles aux ascendans, & les immeubles propres ou acquests aux collateraux, ajoûtent qu'au deffaut des ascendans, les meubles appartiendront aux collateraux, & au deffaut de collateraux, les immeubles appartiendront aux ascendans, telle est la Coutume d'Angoumois, art. 86. & 87.

Enfin, nous avons une Coutume qui donne la moitié des biens acquis par le fils aux pere & mere, & qui assigne l'autre moitié pour faire prier Dieu pour l'ame du deffunt, c'est la Coutume de Bayonne, tit. 12. art. 10. tant est grande la varieté & la bigarure de nostre Droit sur cette espece de succession. Mais en quelque endroit que ce soit, la succession des meubles dépend de la Coutume du domicile du deffunt; nous en avons même une disposition dans l'art. 122. de la Coutume de Bar.

20. Si dans les Coutumes qui ne font point mention des ayeuls au deffaut de pere & mere, ils sont preferez aux freres.

L'on demande si dans les Coutumes qui ne font point mention des ayeuls, ils doivent estre admis à succeder aux meubles & acquests, quand il n'y a point de pere ni de mere, suivant l'art. 311. de la Coutume de Paris, ou si on leur doit preferer les freres & sœurs du deffunt : & la chose ayant esté d'abord jugée en faveur des freres pour la Coutume d'Estampes, laquelle ne fait point mention des ayeuls, & cela conformément à l'avis de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 127. de la Coutume d'Orleans. Monsieur le Prestre Cent. 1. chap. 79. dit, que l'on a depuis suivi le party contraire, & jugé au profit de l'ayeul ; mais il ne date point l'Arrest ; cependant j'inclinerois pour ce party, la succession des ascendans estant plus favorable, & l'ayeul ayant besoin en ce cas d'une double consolation pour la perte de son fils, & de son petit-fils. Enfin, les freres du petit-fils n'ont pas sujet de se plaindre d'une joüissance momentanée d'un ayeul, dont ils doivent estre dans peu les heritiers. Aussi l'art. 128. de l'ancienne Coutume de Paris ne parlant que des pere & mere, sa disposition avoit esté étenduë aux ayeuls par Arrest du 7. Janvier 1556. jusqu'à ce que les Reformateurs les ayent expressément compris dans l'art. 311. & si l'on veut remonter plus loin, cette Jurisprudence estoit autorisée par une Sentence de l'an 1294. rapportée par Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 6. *Voyez* le Vest art. 216. & 217.

21. Si la clause de realisation exclut toûjours le pere.

On demande si la clause de realisation, qui affecte la chose à la famille de la fille, empêche toûjours que le pere n'en herite ? Et, 1. si en mariant une fille on luy a constitué une dot en deniers, dont on a stipulé que partie luy seroit propre, & que la fille mariée vienne à deceder laissant un enfant, qui decede sans enfans, le mari pere de cet enfant, de la succession duquel il s'agit, pourra succeder à cette somme qui n'a esté exclusé que de sa communauté par la simple stipulation de propre à la future épouse. Et c'est ce qui a esté jugé par l'Arrest rapporté par Monsieur le Prestre, Cent. 1. chap. 42. ce qui auroit lieu au cas que cet enfant laissast des freres & sœurs ; car cela n'empêcheroit pas le pere de succeder à la part que cet enfant auroit euë dans la somme ainsi realisée, & non employée en heritages, laquelle est pure mobiliaire quant à la succession.

22. Au cas de la simple stipulation de propre.

2. Cette décision n'a plus lieu dés que la stipulation a esté faite pour la future épouse & les siens ; car alors le pere ne succede à cette somme que lors du decés du dernier des enfans.

23. Au cas de la stipulation pour elle & les siens.

3. Si l'on a dit, *pour la future épouse & les siens de son costé & ligne*, alors il n'y succede point du tout.

24. Au cas de la stipulation pour elle & les siens de son costé & ligne.

4. Il en est de même, quant à la simple stipulation de propres au profit de la future épouse, l'on a ajoûté la stipulation d'employ, le pere ne pouvant pas profiter de sa negligence.

25. Au cas de la stipulation d'employ.

26. Quid si le pere a donné avec clause de realisation, peut-il succeder à la somme, quand sa fille decede sans enfans.

5. Si l'on suppose que le pere de la fille luy ait donné cette somme avec stipulation de *propres à elle & aux siens de son costé & ligne*, & que cette fille donataire vienne à deceder sans enfans, le pere donateur ne sçauroit manquer de succeder à cette somme, soit qu'on la considere comme mobiliaire, soit comme immobiliaire; auquel cas il y succedera à titre de reversion. Mais il faut dire qu'il y succedera à ce dernier titre, parce qu'autrement la mere, qui peut n'avoir pas contribué à cette dot, en profiteroit ; ce qui est injuste, comme il sera expliqué dans la suite.

27. Si l'ayeul ayant donné à sa petite-fille avec clause de stipulation de propre, & venant à deceder. Ensuite la donataire laissant des freres & sa mere fille du donateur, la

6. Si un ayeul maternel a donné à sa petite-fille avec clause, que la somme seroit *propre pour le tout ou pour partie à elle & aux siens de son costé & ligne*, & que cet ayeul estant decedé la petite-fille meure ensuite sans enfans, laissant d'un costé sa mere fille du donateur, & de l'autre un sien frere ; c'est un doute assez raisonnable que de sçavoir si la somme realisée appartient à la mere, & en quelle qualité; si comme reputée mobiliaire ou comme un propre de reversion. Et il faut déja dire, que supposé qu'on la donnât à la mere, ce ne seroit pas en qualité de somme mobiliaire, parce que si cela estoit, il en appartiendroit aussi moitié au pere de la petite-fille, ce

mere en ce cas sera preferée aux freres & en quelle qualité.

qui feroit contre la destination du donateur, qui ayant voulu exclure en tout cas le mary de la petite-fille, pour empêcher que la somme ne passât & ne fourchât, s'il faut ainsi dire, dans une famille étrangere, est aussi presumé avoit voulu exclure le mary de sa fille. Ainsi dans nostre espece il resteroit, que la mere profitât de la somme realisée par l'ayeul maternel, ou par la raison que cette somme seroit considerée comme un propre, auquel la mere succederoit comme estant de la ligne, ou comme un propre de reversion, supposé que l'on étende la reversion jusque-là.

Et pour me déterminer sur cette question, j'estime qu'elle est double; car elle dépend de sçavoir, 1. si, supposé que l'ayeul eût donné un heritage, le petit-fils laissant sa mere fille de l'ayeul donateur, & un frere, la mere seroit preferée : 2. si l'affectation aux parens du costé & ligne, qui resulte de la clause de realisation, laisse icy quelque difference entre le propre fictif & le propre réel.

RAISONS POUR LA MERE.

28. *Quid* s'il s'agit d'un heritage qui ait esté donné.

A l'égard du premier doute, il faut dire que c'est là le veritable cas de l'exception à la regle, qui dit, *que propre ne remonte point*, car elle a toûjours esté entenduë; supposé que l'ascendant ne soit de la ligne, comme n'estant faite que pour empêcher que les biens propres ne passent & ne fourchent en une famille étrangere. Ainsi lorsque le pere ou la mere, ou autre ascendant se trouve luy-même de la famille, comme dans nostre espece, ou au cas que quelqu'un ait épousé sa parente, rien n'empêche qu'il ne succede aux propres de son fils. C'est ce que Maistre Charles du Molin a tres-bien expliqué sur divers articles de Coutumes, & entr'autres, sur l'article 5. du chap. 12. de la Coutume d'Auvergne, où il dit, *consuetudo volens ea conservare in sua linea non excludit parentes, si sint de ea linea*, & sur l'article 107. de la Coutume d'Artois, où il dit, que les propres ne remontent point, *ne [illegible] in diversam lineam, secus si parentes sunt de linea & proximiores*. Il en dit autant sur l'art. 100. de la Coutume de Montfort, & le 81. de celle de Vitry, & cela se verifie encore au cas que le fils ait retiré un ancien propre de sa famille par retrait lignager; car s'il vient à deceder sans enfans, le pere y succedera à l'exclusion de tous les collateraux.

29. Conclusion en faveur de la mere.

Ce qui pourroit faire difficulté dans nostre espece particuliere, ce seroit le concours du frere de la donataire, pour sçavoir qui de la mere ou de luy devroit estre preferé; & j'estime, que la mere est extremement favorable, parce que cette succession rétablit l'ordre naturel des successions qui avoit esté troublé par la donation faite au petit-fils, & que le frere ne sera pas privé de la chose, puisqu'il est luy-même heritier présomptif de la mere, qui en profite. Ainsi la ligne ascendante doit estre preferée en ce cas dans les propres mêmes; ce qui a esté prejugé en une espece approchante, en laquelle on a decidé que l'ayeule maternelle ayant donné à sa petite-fille, qui estoit decedée sans enfans, la mere succedoit à l'heritage ainsi donné, non pas à la verité préferablement à des freres, car il n'y en avoit pas; mais par préference à des oncles enfans de la donatrice, & cet Arrest a esté rendu en la premiere Chambre des Enquestes, au rapport de Monsieur Thudert, & est dans Monsieur Loüet & son Commentateur, sous la letre P. nomb. 47. duquel on peut inferer, 1. que suivant les Notes de du Molin, propres heritages peuvent remonter, quand les ascendans sont de la ligne. 2. Qu'ils ne remontent de point en ce cas par droit de reversion, mais de succession; car autrement les oncles enfans de l'ayeule donatrice auroient esté admis avec la mere de la donataire, puisqu'ils estoient au même degré au respect de la donatrice, & Maistre Julien Brodeau estime en cet endroit, que si une grande tante avoit donné à sa petite-niece qui seroit decedée sans enfans, sa mere, niéce de la donatrice, seroit preferée aux freres & sœurs de la donataire pour l'immeuble ainsi donné; ce qui approche encore plus de nostre espece.

Il reste d'examiner si la clause de realisation au profit de la future épouse & des siens de son côté & ligne, doit faire changer cette décision, & il faut conclure pour la negative, puisque l'on ne doit pas plus donner d'effet à la fiction qu'à la verité, *tantum operatur fictio in casu ficto; quantum veritas in casu vero :* Or s'il s'agissoit icy d'un heritage, il appartiendroit à la mere, comme il vient d'estre dit. 30. *Quid* c'est un propre fictif & une somme realisée.

J'ay encore vû agiter cette question : Un pere & une mere mariant leur fille, luy ont donné une somme de deniers, dont ils ont stipulé, qu'une partie entreroit en communauté, & que l'autre seroit employée en heritages pour demeurer *propres à la future & aux siens de son costé & ligne.* La mere est decedée, & le pere survivant paroissant n'estre pas bien dans ses affaires, l'on a élû un tuteur étranger, qui a exigé de luy cette somme stipulée propre, ensuite l'enfant est decedé en minorité. Il s'agit de sçavoir si le pere succede à cette somme comme mobiliaire, ou les collateraux comme heritiers des propres ? Et il faut répondre qu'elle appartient aux collateraux, suivant l'art. 94. de la Coutume de Paris, & à l'*instar* de ce qui est dit dans cet article, qu'une rente rachetée sur un mineur, conserve sa nature, & est reputée immeuble : autre chose seroit, si l'enfant estoit decedé en majorité; car quoique la clause de realisation concerne les collateraux; neanmoins dés que la somme realisée a esté exigée du mary, cette clause est reputée consommée: car l'action même, qui seule portoit ce caractere de realisation, est consommée par le payement qui a esté exigé du pere. 31. Que la somme realisée une fois exigée du pere, perd sa nature, mais qu'il ne peut y succeder, si le fils n'est mort majeur.

Enfin, il faut observer que pour empêcher encore que les biens même mobiliers ne passent d'une famille en une autre par la succession des ascendans, l'on stipule ordinairement que tout ce qui viendra au futur époux & à la future épouse, leur demeurera propre & aux leurs de leur costé & ligne, ce qui neanmoins ne comprend pas toute sorte de cas : car il peut arriver nonobstant cette clause, que le mary profite du bien de la famille de sa femme, comme en cette espece, où je suppose qu'un pere ait marié sa fille, & ait ainsi stipulé, que tout ce qui luy viendra par donation ou succession, luy sera propre de son costé & ligne, & que la fille soit decedée avant son pere, & ait laissé un fils, lequel ayant succedé à son ayeul, vienne à deceder sans enfans, & il est indubitable qu'en ce cas le pere de l'enfant succedera à tout le mobilier qui vient de la succession de l'ayeul, qui peut estre tres-considerable : car ce cas n'a pas esté prévû, cette succession estant écluë au petit-fils, & non à la mere; ce que j'apprens avoir esté jugé en cette même espece au profit du nommé Brillet, mais il n'en faut pas dire icy davantage, pour ne pas anticiper sur la matiere des propres fictifs. 32. De la clause que tout ce qui viendra par donation, succession, ou autrement, sera propre à elle & aux siens de son costé & ligne, & que ce n'est pas un moyen infaillible pour exclure le conjoint.

Dans les cas contraires des ameublissemens des propres, il faut dire, que quoique l'ayeul, en 33. Si l'ayeul a donné & en

même têps ameubli, sera-t-il exclus de succeder à cet immeuble. donnant un de ses propres à sa petite-fille par son contrat de mariage, l'ait ameubli pour le tout ou pour partie, cela n'empêche pas qu'il ne profite à titre de reversion de la partie qui se trouve dans la succession de la petite fille, & cela au préjudice de son fils ou de sa fille heritiere des meubles & acquests.

34. Si le pere succede au propre que sa fille s'est ameubli. 2. Si la fille ayant herité de sa mere se marie & ameublit partie de son heritage, aprés son decés sans enfans, son pere ne succedera pas à cette partie ainsi ameublie pour la communauté seulement.

35. Maniere de partager entre ascendans. Pour la maniere de partager entre ascendans, nous avons déja dit, qu'en Droit ce partage se fait par souches, & qu'un ayeul paternel seul a autant que l'ayeul & l'ayeule maternels, selon la Nov. 116. chap. 2. ce qui ne fait pas que dans le Droit, il y ait une veritable representation entre les ascendans, puisqu'au contraire c'est une maxime que dans cet ordre, le plus proche exclut toûjours le plus éloigné, suivant l'Authentique *defuncto C. ad Senatusc. Tertyll.* mais on a coutume de dire qu'il y a là dedans une espece ou une image de representation. Et à l'égard de nostre Jurisprudence elle ne s'éloigne pas en cela du Droit Romain, & nous croyons que la representation n'ayant point lieu en ligne ascendante, comme le decide formellement l'article 12. du titre des successions de la Coutume de Nivernois, le plus proche entre les ascendans exclut toûjours le plus éloigné, suivant Coqu. sur le même article, & que neanmoins les ayeuls partagent entr'eux par souches & non point par testes, suivant la disposition de l'article 312. de la Coutume de Tours qui porte, que s'il y a des ayeuls paternels & maternnls ils partagent par moitié, c'est à dire, que l'on donne une moitié aux ayeuls paternels, en quelque nombre qu'ils soient, deux ou un; & une autre moitié aux maternels. Le Grand sur l'article 104. de Troyes nomb. 12, & la Lande sur le 313. d'Orleans.

Sur ce fondement il se fait des accroissemens en chaque degré, & le pere renonçant, le total de la succession appartient à la mere, pourvû que cette renonciation ne soit pas un avantage indirect du mari à la femme. Et entre ayeuls cet accroissement se fait par souches, ensorte que si le petit-fils a laissé un ayeul & une ayeule paternels, & un ayeul & une ayeule maternels, & que l'ayeul paternel vienne à renoncer, l'accroissement ne se fera qu'au profit de l'ayeule paternelle. Voyez la Sect. 9. de ce Chap. 36. Des accroissemẽs en ligne ascendante.

SECTION II.

Du droit de reversion.

SOMMAIRE.

1. *Motifs du droit de reversion.*
2. *Partage de la matiere.*
3. *Si le droit de reversion a lieu dans la Coutume de Paris.*
4. *Que ce droit participe parmy nous de la reversion & de la succession.*
5. *Coutumes qui donnent plus d'étenduë à la reversion.*
6. *Si la reversion a lieu dans les Coutumes qui n'en parlent point.*
7. *Si le pere naturel al a reversion.*
8. *Resolution pour la negative, 1. raison.*
9. *Seconde raison, que la reversion dépend de l'obligation de doter.*
10. *Troisiéme raison, qu'elle dépend de l'avancement d'hoirie.*
11. *Quatriéme raison, qu'elle dépend même de la puissance paternelle.*
12. *Cinquiéme raison, que la Loy ne doit point de consolation au pere naturel.*
13. *Arrest.*
14. *Si l'ayeul ayant donné à la petite-fille, la reversion appartient au pere ou à l'ayeul.*
15. *Resolution pour l'ayeul.*
16. *Objection, que ce que l'ayeul donne au petit-fils, il le donne pour l'amour de son fils.*
17. *Réponse à cette objection.*
18. Quid *si le pere donne au fils à la charge de rendre au petit-fils.*
19. *Si la mere a la reversion.*
20. Quid *des parens collateraux.*
21. *Que la reversion n'a lieu qu'en cas que le donataire meurt sans enfans. Fameuse dispute entre Martin & Bulgare.*
22. *Qu'il n'y a que les enfans qui sont heritiers, qui empêchent la reversion.*
23. *Si la reversion a lieu* liberis existentibus, *quand le donateur l'a stipulée indifiniment.*
24. Quid *si cette clause a esté stipulée par un donateur étranger.*
25. *La reversion n'empêche point l'hypoteque subsidiaire du doüaire.*
26. *Si les enfans du premier lit empêchent la reversion de la dot constituée lors du second mariage de leur mere. Resolution pour l'affirmative.*
27. *Qu'il n'y a que les enfans successibles, qui fassent obstacle à la reversion. Exemple dans le cas de la confiscation des biens du fils.*
28. *De la concurrence d'un ayeul, d'un pere & d'un frere uterin.*
29. *Si la reversion a lieu au cas que la fille dotée laisse des enfans qui decedent sans enfans.*
30. *Qu'elle n'a pas lieu lors du decés des premiers petits-fils.*
31. *Qu'en païs de Droit écrit, le pere qui a succedé à ses enfans aprés la mort du dernier, rend le tout à l'ayeul.*
32. *Si les biens ayant une fois souché, il y a encore lieu à la reversion.*
33. *Resolution que la reversion a lieu, lorsque les enfans de la fille dotée decedent sans enfans.*
34. *Arrests qui l'ont ainsi jugé.*
35. *Si un pere ayant stipulé la reversion lors du decés de sa fille, ou des enfans de sa fille, elle est duë à ses heritiers.*
36. Quid *s'il ne l'a stipulée qu'en cas du decés de sa fille, l'aura-t-il en cas du decés des enfans de sa fille?*
37. *Si ce qui est donné par le pere dans le contrat de mariage de son fils, qui le donne ou l'ameublit dans ce même contrat, aprés la mort du petit-fils, retourne pour le tout à l'ayeul paternel; renvoy.*
38. *Si les donations qui sont faites hors contrat de mariage, sont sujettes à la reversion.*

39. *Resolution*

1. Motifs du droit de reversion.

LEs ascendans ne succedent pas seulement aux meubles & acquests; mais ils succedent quelquefois aux propres par un droit de reversion des choses qui se trouvent dans la succession de leurs enfans qui les avoient eües de leur liberalité, & ce droit qui se pratique aujourd'huy, tant dans le païs coûtumier, que dans les Provinces qui sont regies par le Droit écrit, a son fondement sur la Loy *Jure succursum 6. ff. de jure dotium*, qui dit, *jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne & filia amissa, & pecunia damnum sentiret.* Ainsi le premier motif de cet établissement a esté de consoler la douleur d'un pere qui a vû troubler l'ordre naturel dans le predecés de sa fille: le second motif a esté d'encourager les peres à doter leurs enfans, en les assurant que si leurs enfans venoient à mourir, ils rentreroient, en ce cas, dans ce qu'ils leur auroient donné: de crainte que si on leur refusoit ce soulagement, ils fussent plus reservez, dans l'occasion des mariages de leurs enfans, *ne hac injecta formidine parentum in liberos munificentia retardetur*, dit la Loy *Constitutionis 2. C. de bon. quæ lib.* Enfin, l'on en peut ajoûter une troisiéme, qui est encore plus particuliere que les deux autres pour le droit de reversion, qui consiste à dire, que le pere mariant son fils ou sa fille, est presumé avoir voulu pourvoir non-seulement à son fils, mais à sa posterité, ensorte que son fils mourant sans enfans, on luy doit restituer ce qu'il a donné dans cette vûë sur le fondement de la présomption de sa volonté. Mais pour expliquer un droit si juste & si favorable, & developer la matiere, il faut examiner s'il a lieu parmy nous, & specialement dans la Coutume de Paris: à quelles personnes il s'accorde: en quels cas il a lieu: quelles sont les liberalitez qui y sont sujettes: & quels en sont les effets & les suites.

2. Partage de la matiere.

3. Si le droit de reversion a lieu dans la

Quelques-uns ont douté, que le droit de reversion eût lieu dans la Coutume de Paris, parce que l'art. 303. ne dit pas, que quand le fils donataire meurt sans enfans, les choses données retournent au pere qui a fait la donation; mais il dit, que *les ascendans succedent aux choses par eux données à leurs enfans, decedant sans enfans & descendans d'eux.* D'ailleurs ce droit ne s'observe point parmy nous, comme le droit de reversion se pratique dans les Parlemens qui sont regis par le Droit écrit, où les choses données retournent au donateur sans aucune diminution pour les charges & hypoteques, où il empêche le fils de pouvoir disposer des choses données, où enfin l'ayeul donateur estant predecedé, le pere a ce droit, encore même qu'il ait esté desherité par l'ayeul, suivant la disposition précise de la Loy *Dotem 6. ff. de collat. bon.* & on l'a même étendu dans ces provinces jusqu'aux collateraux qui ont donné: Or tout cela n'a point lieu dans nostre Droit, & même il a esté jugé par Arrest du 19. Juillet 1666. que dans les Provinces de Droit écrit, qui sont du ressort du Parlement de Paris, le droit de reversion n'empêchoit point la fille donataire de disposer, & qu'il n'avoit lieu que sur la succession *ab intestat.*

Coutume de Paris.

4. Que ce droit participe parmi nous de la reversion & de la succession.

Cependant il y a un point fixe dans nostre usage, que quand l'ayeul a donné, & que le petit-fils meurt sans enfans, ce n'est point le pere, mais l'ayeul donateur qui succede aux choses données, comme il sera établi dans la suite. Ainsi l'on ne peut pas s'empêcher de resoudre que ce droit est mixte parmi nous, & qu'il participe du droit de reversion & du droit de succession.

5. Coutumes qui donnent plus d'étendue à la reversion.

Aussi il y a des Coutumes, où il est plus étendu qu'à Paris; comme la Coutume d'Auxerre, dans laquelle selon l'art. 242. il s'étend jusqu'aux parens collateraux qui ont donné, & celle de Berry dans laquelle tit. 19. art. 5. le droit de reversion est établi, ensorte que l'ascendant qui use de ce droit, ne paye point les dettes personnelles du donataire, si ce n'est subsidiairement, & au deffaut d'autres biens, & n'est tenu autrement que des charges réelles. Enfin, il a lieu dans celles même qui n'en parlent point, suivant la Note

de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 78. de la Coutume de Valois, sur l'art. 74. de celle d'Artois, & sur l'art. 9. du tit. des success. de la Coutume de Montargis, où il dit que ce droit est une pratique universelle, & que s'il y a dans le Royaume quelques Coutumes contraires, c'est un abus dont on devroit revenir; ce qu'il a voulu appliquer à l'ancienne Coutume de Melun, qui depuis a esté reformée à cet égard, plus aux Coutumes d'Anjou & du Maine, où la regle *propres ne remontent point*, ne reçoit aucune exception. Aussi cela a esté jugé par un Arrest du 29. Avril 1606. pour la Coutume de Chaulny, laquelle ne fait point mention de ce droit, & où l'on a jugé neanmoins qu'il avoit lieu. L'Arrest en est rapporté par Vrevin sur l'art. 41. de cette Coutume, & par Monsieur le Prestre entre les Arrestez de la Cinquiéme, plus pour la Coutume d'Angoulmois par Arrest du 27. May 1634.

5. Si la reversion a lieu dans les Coutumes qui n'en parlent point.

7. Si le pere naturel a la reversiõ.

Il faut examiner à present à qui le droit de reversion appartient; & il est certain qu'il appartient aux ascendans qui ont donné; mais on peut demander s'il est dû au pere naturel, qui a donné à son bâtard, lequel est decedé sans enfans?

Raisons pour le pere naturel.

Il semble d'abord qu'il ne luy est pas moins dû qu'au pere legitime, puisque la dot qu'il constituë n'est pas moins profectice, & que la seule difference qu'il y a, est qu'il entre plus de liberalité dans celle du pere naturel, parce qu'elle est moins forcée, & que regulierement il n'est point obligé de doter, ce qui fait qu'il merite encore plus la reversion. Et pour montrer que l'on n'a pas consideré cette donation comme faite par un étranger, c'est qu'elle a esté jugée ne point entrer dans la communauté du bâtard, & estre seulement sujette au doüaire de la femme, comme une espece de propre échû en directe. Il y en a un Arrest du 1. Decembre 1613. rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, sur l'art. 171. de la Coutume de Senlis. Aussi nous avons une Coutume qui regle ainsi la question dont il s'agit, & qui est unique, c'est la Coutume de Sedan, art. 116. & il y a même un Arrest du 28. Juin 1644. rapporté par le Grand sur l'art. 83. de la Coutume de Troyes, qui a jugé cette reversion.

Raisons contre le pere naturel.

8. Resolution pour la negative, premiere raison.

Il faut dire neanmoins que le pere naturel n'a point la reversion. Premierement, parce que nôtre Droit ne reconnoist point les bâtards, & n'ordonne de leurs successions que pour les rejetter entre les mains du fisc; & bien loin que la condition du pere naturel soit favorable dans la succession de son fils, qu'au contraire quelques-uns ont estimé que dans les lettres de legitimation, il ne suffisoit pas d'une clause generale; mais qu'il falloit une clause speciale pour faire succeder le pere à son bâtard, parce que l'obstacle venoit de sa propre faute.

9. Seconde raison, que la reversiõ dépend de l'obligation de doter.

En second lieu, l'obligation de doter de la part du pere legitime, est un des fondemens de l'établissement de la reversion, parce que la Loy a voulu rendre au pere, en cas de predecés de sa fille, ce qu'elle l'avoit obligé de luy donner; car le droit n'oblige point le pere naturel de doter sa fille.

10. Troisiéme raison, qu'elle dépend de l'avancement d'hoirie.

En troisiéme lieu, la reversion est encore fondée sur l'avancement d'hoirie, & les donations en directe estant des anticipations de succession, il est juste que ce que le pere legitime a donné par avance sur sa succession future dans la pensée naturelle que sa fille luy survivra, luy retourne en cas de predecés de sa fille: ainsi elle ne doit pas avoir lieu au profit du pere naturel à qui sa fille ne succede pas.

11. Quatriéme raison, qu'elle dépend même de la puissance paternelle.

En quatriéme lieu, si l'on recherche les sources de ce droit, on les trouvera même dans la puissance paternelle.

12. Cinquiéme raison, que la Loy ne doit point de consolation au pere naturel.

Enfin la Loy ne se met point en peine de consoler le pere naturel de la perte de ses enfans, & l'on ne peut appliquer à son égard la raison de la Loy *Jure succursum ff. de jure dotium, ne & filiæ amissæ & dotis damnum sentiret.* Au contraire, comme elle abhorre le vice & les fruits du peché, elle neglige en ce cas la douleur du pere naturel, qui doit se consoler d'ailleurs sur ce que la perte de ses enfans efface le souvenir de ses fautes: Aussi la Loy *Jure succursum*, ni la Loy *Dos à patre C. solut. matrim.* ni la Loy *Constitut. novæ capit. C. de bon. quæ lib.* ni la Loy *Dotem 6. ff. de collat. bon.* n'ont point non plus disposé en faveur du pere naturel. Enfin ceux qui ont traité cette question, comme Ferrer. sur la qu. 1. de Dur. sont d'avis, que la reversion n'a lieu qu'au profit d'un pere legitime. C'est aussi l'avis de Monsieur Maynard, liv. 9. chap. 16. vers la fin.

13. Arrests.

Nous en avons un Arrest du 7. Septembre 1584. rendu endre les Allegrains & Monsieur le Procureur General, qui prefera le fisc au pere naturel, qui avoit donné à sa bâtarde, quoiqu'avec deffenses d'aliener, lequel est rapporté par Peleus qu. 42. par Mothelon, chap. 28. par Maistre Julien Brodeau, sous la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 1. & par Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. de ses donat. nomb. 764. Plus, un du 2. Decembre 1609. rendu en pareil cas au Parlement de Bordeaux, & rapporté par Bechet du droit de reversion, chap. 13. & un rendu au Parlement de Toulouse le 16. Avril 1621. qui est rapporté dans Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 5. Cette décision doit avoir lieu à plus forte raison dans la Coutume de Paris, où le droit de reversion est mixte, & participe du droit de succession, puisque le pere naturel ne succede pas à son bâtard.

Il faut pourtant demeurer d'accord, que cette reversion n'est point trop contre l'esprit de nôtre Droit; puisque la Cour en reduisant les donations faites aux bâtards, imite souvent la disposition de la Coutume de Sedan, art. 116. en ordonnant qu'aprés le decés des bâtards, sans enfans nez en legitime mariage, les biens retourneront au pere naturel, ou à ses heritiers; & cette juste précaution qu'elle prend contre le fisc, justifie qu'elle estime que l'interest du pere naturel est assez legitime en ce cas particulier.

14. Si l'ayeul ayãt donné à sa petite-fille, la reversion appartient au pere ou à l'ayeul.

On demande encore si l'ayeul ayant donné à sa petite-fille qui decede sans enfans, le droit de reversion appartient au pere, ou à l'ayeul donateur? Et il faut dire qu'il appartient à l'ayeul: parce qu'il seroit injuste de le priver de cette consolation, & de donner la chose à son fils à son préjudice. Charondas sur l'article 313. de la Coutume de Paris, la Lande sur le 315. de celle d'Orleans. [☞ Ferrerius sur Guy Pape *quest. 147.*]

L'on distinguoit autrefois entre le païs de Droit écrit, & le païs de Coutume, & l'on vouloit même qu'il fût jugé le contraire pour les Provinces du Parlement de Paris qui sont regies par le Droit écrit, afin de les conformer aux païs de Coutumes, & de faire, autant qu'il se pouvoit, un Droit uniforme dans le ressort d'un même Parlement. L'on s'appuyoit sur ce que la plûpart des Coutumes, & notamment celle de Paris, art.

313. usent du mot de *succession*, & non de celuy de *retour* ou *reversion*. Cependant outre qu'il y a plusieurs Coutumes qui usent du mot de *reversion*, comme celle de Nivernois tit. 27. art. 9. l'on peut dire, qu'il est difficile de sauver en suivant cette opinion, tous les préjugez que nous avons dans les livres, même pour le païs Coutumier.

15. Resolution pour l'ayeul.

En effet, si le droit de reversion n'a pas lieu en ce cas au profit de l'ayeul, l'on peut dire, qu'il n'a point du tout lieu, & que ce qui s'est appellé jusqu'à present *reversion*, n'est qu'un droit ordinaire de succession: Or cette proposition qu'il n'y a point parmi nous de reversion, est difficile à défendre; car comment se pourroit-il faire en la supposant, que l'on eût jugé dans la Coutume même de Paris, que l'immeuble donné par la femme au mari ou ameubli à l'effet qu'il entrât dans la communauté, & échû depuis à un enfant commun decedé sans enfans, appartient à la mere, ce qui a esté decidé par un Arrest de la prononciation de la Nôtre-Dame d'Aoust 1591. qui est le 73. dans Monthelon? Que si l'on n'avoit pas jugé en ce cas, que le droit de reversion eût lieu, la moitié de cet immeuble qui avoit appartenu au mari à titre de communauté, auroit appartenu pour la proprieté aux parens paternels. Aussi Maistre Charles du Molin sur l'art. 74. de l'ancienne Coutume d'Artois, dit, que quand les propres passent aux ascendans, qui les ont donnez, ce n'est pas monter, mais retourner, & que cela n'est pas opposé à la maxime que *les propres ne remontent point*.

Enfin, le mot de *succeder* qui est dans l'art. 313. de la Coutume de Paris, n'appelle pas les ascendans au préjudice; mais plûtost en consequence du droit de reversion: puisque l'art. dit, *toutefois succedent aux choses par eux données à leurs enfans:* autrement cette disposition établiroit & détruiroit en même temps la reversion.

16. Objection, que ce que l'ayeul donne au petit-fils, il le donne pour l'amour de son fils.

Ceux qui soutiennent l'opinion contraire à la nostre, & croyent que la reversion n'a point lieu en nostre espece principale au profit de l'ayeul, insistent & disent, que ce que l'ayeul donne à son petit-fils, il le donne pour l'amour de son fils ou de sa fille, suivant la Loy *Dotem 6. ff. de collat. bon.* qui dit, *occurrit æquitas rei ut quod pater meus propter me filiæ meæ dedit, perinde sit atque ipse dederim, quia officium avi circa neptem ex officio patris circa filium pendet, & quia pater filiæ, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet*, & que c'est pour cela que dans nos Coutumes ce que l'ayeul a donné à son petit-fils, se rapporte par le fils à sa succession.

17. Réponse à cette objection.

La réponse est, qu'encore que l'ayeul semble donner à son petit-fils pour l'amour de son fils; neanmoins dans la verité il ne prefere icy à soy-même que son petit-fils: ensorte que quand ce petit-fils vient à deceder sans enfans, il n'est pas juste que le fils qui avoit esté postposé au petit-fils, soit preferé à l'ayeul qui est le donateur. Aussi le raisonnement de cette Loy *Dotem ff. de collat. bon.* ne va qu'à montrer que le pere doit avoir la reversion en cas que l'ayeul donateur soit decedé.

18. *Quid* si le pere donne au fils à la charge de rendre au petit-fils.

Il faut conclure de nostre décision, que si le pere en mariant son fils, luy a abandonné tous ses biens, à la charge de fournir à chacun de ses petits-fils une certaine somme d'argent, à mesure qu'un des petits-fils viendra à mourir, il y aura un droit de reversion en faveur de l'ayeul donateur; car ce que je fais donner par mon fils à mes petits-fils, je suis présumé le leur donner immediatement, & j'en suis le veritable donateur; ce qui a son fondement dans la Loy *Profectitia 5. §. 1. ff. de jure dotium*, qui dit, que la dot que le pere a fait donner, est reputée profectice.

Voilà ce qui concerne la personne du pere: à l'égard de la mere, l'Empereur Leon suppose en sa Novelle 25. que par l'ancien Droit le droit de reversion n'appartenoit pas à la mere qui avoit doté, *quod verò aut à matre aut ab extraneo quopiam donatum filius habet, non item, nisi reverti debere id donatores pacto complexi sint.* Mais les Loix ne s'en trouvent point, & quand celles que nous avons, parlent du pere, elles s'entendent aussi de la mere, parce qu'elles ne l'exceptent pas. Autre chose est de l'ayeul, qui n'est pas toûjours compris sous le nom de *pere*; d'ailleurs quoique la source du droit de reversion soit la puissance paternelle, au fond je ne vois pas qu'il y ait moins d'équité d'accorder ce droit à la mere qu'au pere, ou à l'ayeul, qui a ses enfans sous sa puissance; & même la mere n'étant pas tenuë de doter dans le Droit, il étoit encore plus à propos de l'y inviter en luy accordant la reversion: Aussi elle luy est accordée dans tous les Parlemens, même à l'ayeul maternel. Maynard, liv. 9. chap. 90. 19. Si la mere a la reversion.

Pour ce qui est des parens collateraux, ce droit ne leur est point accordé par les Coutumes, si ce n'est par la Coutume d'Auxerre, art. 242. mais l'usage n'est pas uniforme dans les Parlemens du païs de Droit écrit: car le Parlement de Guyenne n'a point étendu ce droit jusqu'aux collateraux, selon Automne, sur l'art. 64. de la Coutume de Bordeaux; au lieu que le Parlement de Toulouse le leur a accordé, selon Monsieur Maynard, liv. 9. chap. 16. & Monsieur d'Olive, liv. 4. chap. 7. aussi l'on peut dire, que ce Parlement en est demeuré là, quoique Bechet chap. 13. semble dire qu'il a étendu la reversion jusqu'aux étrangers, ce que cet Auteur ne verifie point; les exemples qu'il rapporte aussi-bien que Monsieur Maynard & Monsieur de Cambolas, liv. 1. tit. 5. ne concernent que des donations faites par des parens collateraux, ce dernier ajoûtant, liv. 6. chap. 14. que ce droit ne s'est pas même étendu audelà des oncles & des tantes. 20. *Quid* des parens collateraux.

Pour examiner à present en quels cas le droit de reversion a lieu, il faut convenir comme d'un principe, qu'il n'a lieu qu'en cas que le fils ou la fille donataire meure sans enfans: & l'usage & la pratique ont ainsi terminé ce fameux different qui estoit entre deux Interpretes du Droit, Martin, & Bulgare, dont le premier a soûtenu, que les enfans faisoient cesser le droit de reversion *glos. in L. dos à patre C. soluto matrim.* & le dernier, qu'ils ne le faisoient point cesser, suivant ce qui est dit *in Ulp. Fragm. tit. de dotib. mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam ad patrem reverti, servatis tamen penes maritum in singulos liberos quintis.* Mais l'opinion de Martin a prévalu, comme étant fondée sur un argument tiré de la Loy *Jure succursum ff. de jure dotium*, qui dit, que ce droit a esté établi pour ne pas causer au pere une double affliction de la perte de sa fille, & de celle de sa dot, *ne & filia amissa & pecuniæ damnum sentiret.* Ce qui a fait dire, que le pere ayant moins de ressentiment de sa perte, lorsqu'elle est reparée par la posterité que la fille a laissée; & d'ailleurs la dot qui va à ses descendans, & qui appartient aux enfans de sa fille, n'étant pas perduë pour luy, il n'avoit pas besoin en ce cas du droit de reversion, & c'est ainsi que l'on a entendu la Loy *Dos à patre C. soluto matrim.* 21. Que la reversion n'a lieu qu'en cas que le donataire meure sans enfans. Fameuse dispute entre Martin & Bulgare.

22. Qu'il n'y a que les enfans qui sont heritiers, qui empêchent la reversion.

On n'a pourtant pas admis cela indistinctement; car outre qu'il faut que les enfans soient heritiers, ou legataires, ou donataires, pour empêcher la reversion, sans quoy ils ne sont point obstacle à ce Droit, comme ils ne sont point comptez dans la supputation de la legitime ni du droit d'aînesse, & n'empêchent point la donation entre conjoints, pourvû qu'il n'y ait point d'autres parens qui se portent heritiers, selon du Molin sur la Coutume de Berry, tit. 19. art. 8.

23. Si la reversion a lieu *liberis existentibus*, quand le donateur l'a stipulée indéfiniment.

L'on a demandé, 1. si le pere ayant stipulé la reversion indéfiniment, elle ne devoit pas avoir lieu en ce cas même que sa fille eût laissé des enfans? Et tous les Docteurs conviennent, qu'il faut expliquer la stipulation comme ne devant avoir lieu qu'en cas que la fille meure sans enfans. Guy Pape, qu. 523. ce qui s'observeroit, supposé même que le pere eust stipulé cette reversion en tout évenement, ou en tout cas, parceque l'on presumeroit qu'il auroit voulu prevenir par cette clause le cas de la disposition & de l'alienation que sa fille auroit faite; mais qu'il n'auroit pas entendu priver ses petits-fils de ce qu'il auroit donné à sa fille. En tous ces cas l'on suit principalement la volonté presumée du donateur. C'est pour cela qu'une mere ayant donné à sa fille une somme de deniers en mariage, & en ayant stipulé la reversion au profit de ses collateraux, en cas que sa fille viust à deceder sans enfans, l'on estime que si la mere donatrice survit à sa fille, elle doit avoir elle-même la reversion de cette somme. La Thaumasiere en ses décis. liv. 4. chap. 39.

24. *Quid* si cette clause a esté stipulée par un donateur étranger.

Mais nostre décision, qui est fondée sur la presomption de l'affection paternelle, n'a pas lieu au cas que la reversion ait esté stipulée par un donateur étranger: car en ce cas l'existance des enfans ne fait point obstacle à ce Droit, sur quoy l'on peut tirer en argument la Loy derniere au *§. 1. Versic. nisi & hic C. de jure dotium.* Aussi Guy Pape en sa quest. 523. *de dote per extraneum constituta*, dit l'avoir vû ainsi juger plusieurs fois au Parlement de Grenoble.

25. La reversion n'empêche point l'hypoteque subsidiaire au doüaire.

L'on va bien plus loin que nostre décision principale, lorsque nonobstant la clause de reversion, que le pere a stipulée par le contrat de mariage de son fils, l'on juge que les immeubles compris dans la donation sont affectez subsidiairement & au défaut d'autres biens au doüaire de la veuve du fils, quoiqu'il n'y ait point d'enfans du mariage: ce qui se juge même à Toulouse pour la dot de la femme, au rapport de Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 1. vers la fin.

26. Si les enfans du premier lit empêchent la reversion de la dot constituée lors du second mariage de leur mere. Resolution pour l'affirmative.

L'on propose encore cette espece: Un pere a marié sa fille & elle a eu des enfans, le premier mary est decedé, elle a convolé en secondes nôces, & à cette occasion le pere l'a dotée une seconde fois, mais elle n'a point eu d'enfans de ce second lit. Sur quoy l'on demande si cette seconde dot, que le pere a constituée, luy retourne aprés le decés de sa fille, ou si elle appartient aux enfans du premier lit. Et cette question s'estant presentée au Parlement de Toulouse, l'on a jugé pour la reversion par Arrest du 5. Juillet 1532. rapporté par Monsieur d'Olive, liv. 3. chap. 27. sur ce fondement que cette seconde dot estant constituée en faveur du second mariage, il suffisoit que ce mariage eût esté sterile, & qu'il n'en restât point d'enfans lors du decés de la fille dotée, pour faire que la dot retournât au pere, sans que les enfans du premier lit, que le pere n'avoit point considerez lors de sa donation, luy pussent faire obstacle. Cependant comme les enfans du premier lit estoient heritiers de tous les biens de la mere, & qu'en cas qu'il y eût eu des enfans du second mariage, ils auroient partage également les uns avec les autres l'une & l'autre dot, suivant la Novelle 22. *de nupt.* chap. 29. & 48. & la Loy *Quacumque 4. C. de bonis quæ lib.* cela pouvoit faire beaucoup de doute dans le païs même de Droit écrit; & ce qui fait paroître la difficulté plus grande, c'est que tout le monde ne convient pas, que le Droit de retour ait lieu, quand une fois la fille dotée a laissé des enfans du mariage, quoiqu'ils decedent sans enfans avant le donateur, ce qui sera traité incontinent: Aussi Monsieur d'Olive rapporte qu'il y avoit eu d'abord un partage d'opinions en cette affaire; & Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 44. semble incliner dans cette même espece contre la reversion, & dit que l'on considere les deux mariages comme un seul, & qu'il suffit qu'il reste des enfans pour empêcher que la reversion ait lieu, & cela par la même raison d'équité qui a fait juger qu'un pere, qui par le contrat du premier mariage de sa fille luy a donné & aux enfans qui naîtront du mariage, n'est pas reputé avoir voulu affecter la donation aux enfans du premier lit de sa fille, ensorte qu'ils donnassent l'exclusion à ceux du second; mais qu'au contraire ceux-cy estoient admis en concurrence, comme il se voit avoir esté jugé dans le même Parlement par Arrest rapporté par le même Auteur liv. 3. chap. 49.

27. Qu'il n'y a que les enfans successibles, qui fassent obstacle à la reversion. Exemple dans le cas de la confiscation des biens du fils.

Que si l'espece dont il s'agit se presentoit au Parlement de Paris, même pour le païs de Droit écrit, je ne doute pas que l'on ne suivît ce dernier parti; & à plus forte raison dans le païs coutumier, où il n'y a point de préjugé semblable à l'Arrest du Parlement de Toulouse, & où le Droit de reversion est mixte & participe du Droit de succession: estant constant que les choses données à l'occasion d'un premier ou d'un second mariage, appartiendroient indistinctement aux enfans de la fille donataire, sans que le donateur y pût rien prétendre pendant leur vie. Ce que j'estimerois devoir avoir lieu dans la Coutume de Bordeaux, quoiqu'elle donne aux enfans de chaque mariage les biens acquis pendant le même mariage: parceque les propres ne laissent pas de se partager également dans cette Coutume, & que l'immeuble donné par un pere est propre; & cette décision aura lieu à plus forte raison dans la Coutume de Chartres, qui dispose en l'art. 98. que les propres tenus en fief appartiennent aux enfans du premier lit, & que les conquests tenus en fief appartiennent aux enfans du second lit. Car le pere n'heritera point du fief qu'il aura donné lors du second mariage, pourvû qu'il y ait seulement des enfans du premier lit.

28. De la concurrence d'un ayeul, d'un pere & d'un frere uterin.

Ce qui est tres-constant, c'est qu'il n'y a que les enfans qui doivent succeder lesquels puissent empêcher la reversion, ce qui se prouve dans deux exemples. Le premier est, que les propres de reversion ne sont point sujets à la confiscation des biens du fils donataire en païs coutumier, même quand il laisse des enfans, qui semblent devoir empêcher la reversion; mais qui ne l'empêchent pas neanmoins, n'estant point heritiers: ainsi dans ce premier exemple les enfans qui ne succedent pas ne font point d'obstacle à la reversion, qui est duë à leur ayeul, ce qui sera examiné au nomb. 29.

29. Si la reversion a lieu au cas que la fille dotée laisse

Le second se verifie en cette espece, où l'on suppose qu'en païs de Droit écrit un pere ait marié sa fille, qui ait eu un enfant de ce mariage; qu'ensuite son mari soit decedé, & qu'elle ait passé à un

des enfans qui decedent sans enfans.

second mariage, dont elle ait eu aussi un enfant, & qu'aprés cela elle soit decedée, & immediatement aprés elle, l'enfant du second lit. Car c'est un doute assez important de sçavoir qui succedera à cet enfant, ou l'ayeul à titre de reversion, ou le pere à titre d'heritier, ou le frere uterin à titre de succession pareillement : car regulierement le frere fait obstacle à l'ayeul pour la reversion, qui n'a point de lieu tant qu'il y a des enfans; l'ayeul fait obstacle au frere qui n'est que frere uterin, & qui par consequent est exclus par des ascendans : l'ayeul fait aussi obstacle au pere, parceque la succession n'a point lieu au préjudice de la reversion; ce qui fait que l'on revient derechef à l'ayeul, & ce qui jette dans un circuit & un labyrinthe, qui paroit inévitable, & dont on a trouvé cette seule issuë de dire, que l'ayeul a la reversion sur le principe qui decide l'espece precedente, qui est, que le frere lequel est exclus, ne peut pas empêcher la reversion, ce que l'on a aussi établi sur un pareil dénoüement qui est en la Loy *æquissimum §. si ex filio ff. ad Senatusc. Tertyll.*

30. Qu'elle n'a pas lieu lors du decés des premiers petits-fils.

Il faut examiner à present si lorsque la fille dotée a laissé des enfans, qui viennent à deceder sans enfans, le droit de reversion a lieu? Et il faut dire, 1. qu'il n'a pas lieu aprés le decés de l'un des enfans de la fille dotée, lorsqu'il en reste d'autres : car tous ces enfans touchent également à l'ayeul, qui a fait la donation, & sont également l'objet de ses affections & de ses liberalitez; ils luy sont tous des portions de sa fille qui est le centre de sa donation : C'est pourquoi quand même le pere auroit stipulé expressément la reversion, en cas que la fille decedât sans enfans, ou ses enfans sans enfans, j'estime que *conjecturâ pietatis*, la même décision auroit lieu, & que tant qu'il y auroit des enfans de la fille, la reversion ne se feroit pas au profit du donateur : *non enim voto patrum opponi tam ominosa interpretatio debet, L. cum tale 73. ff. de condit. & demonstrat.*

31. Qu'en païs de Droit écrit le pere qui a succedé à ses enfans aprés la mort du dernier, rend le tout à l'ayeul.

De plus, dans nôtre cas principal le mari de la fille ayant eu sa portion dans ces biens, à mesure que chacun des enfans est decedé, en païs de Droit écrit, est tenu aprés la mort du dernier de rendre le tout à l'ayeul qui a survécu, & à qui le droit de reversion appartient alors, & cela par une espece de fideicommis tacite; & ces portions que le mari est obligé de restituer retournent au donateur, en païs de Droit écrit, franches & quittes de toutes charges & hypoteques, & sans aucune diminution, comme celles qui luy viennent du dernier des enfans qui est decedé, selon Bechet, du droit de reversion, chap. 8. nomb. 1.

32. Si les biens ayant une fois souché, il y a encore lieu à la reversion.

2. C'est même une des grandes questions de cette matiere que de sçavoir, si les biens ayant une fois souché en la personne d'un enfant du donataire, il y a encore lieu à la reversion, lorsque cet enfant, qui est unique, vient à deceder sans enfans? Car plusieurs Interpretes du Droit ont prétendu, que quand une fois la fille donataire avoit laissé des enfans, il n'y avoit plus lieu d'esperer la reversion, non pas même au cas que ces enfans vinssent à deceder sans enfans. Et de fait, si on s'attache aux termes de la Loy, elle n'accorde au pere la reversion que pour le consoler de la perte de sa fille : ainsi elle envisage cette perte, & non celle de ses petits-fils, ausquels il n'a pas donné précisément. D'ailleurs, quand une fois le pere a vû soucher ses biens en la personne de ses petits-fils, il les a vû suivre le cours naturel des patrimoines par une succession redoublée, il a trouvé là-dedans la consolation que la Loy luy souhaite, & ne s'est plus dû attendre à aucun retour de ces mêmes biens. Aussi Monsieur d'Expilly en ses Arrests, chap. 125. dit, qu'en ce cas l'on a jugé au Parlement de Grenoble contre la reversion.

33. Resolution que la reversion a lieu, lorsque les enfans de la fille dotée decedent sans enfans.

Il faut avoüer neanmoins, que puisque l'on a refusé au pere la reversion lorsque sa fille, qu'il a dotée, laisse des enfans, quoique la Loy luy accorde ce droit indistinctement, il est assez juste que ces enfans decedant sans enfans, la reversion ait lieu au profit de l'ayeul, qui ayant fait une double perte, a doublement besoin de consolation, & que cet obstacle que l'équité des Interpretes a apporté, ne subsistant plus, la reversion se fasse de la même maniere, que si la fille estoit d'abord decedée sans enfans : ce qui n'est pas même sans exemple dans l'un & dans l'autre Droit : puisque la proprieté que perd la mere qui se remarie des choses qu'elle a euës de la liberalité de son premier mari; par la disposition de la Loy *Fœmina*, & de l'Authentique *lucrum C. de secundis nupt.* elle la recouvre par le predecés des enfans de son premier lit, aux termes de la même Loy *Fœminæ §. 1.* Aussi dans nostre Droit la donation faite au second mari des choses sujettes à la reserve établie par le second chef de l'Edit, reprend sa force par le predecés des enfans du premier lit, & de cette maniere ce que l'existance des enfans opere, se détruit par le predecés de ces mêmes enfans. ☞ Nous en avons encore un exemple dans l'art. 315. de la Coutume de Paris, où l'acquest du fils, ayant esté dévolu au petit-fils, & celuy-ci decedant sans enfans, l'ayeul y succede comme si le fils estoit mort sans enfans, & que l'acquest n'eût pas souché & n'eût pas esté propre naissant.]

34. Arrests qui l'ont ainsi jugé.

Aussi dans les Parlemens de Toulouse & de Bordeaux, on ne fait point de difficulté d'ajuger en ce cas la reversion à l'ayeul, selon Monsieur Maynard, liv. 9. chap. 16. & Automne sur la Loy 3. *C. de bon. quæ lib.* & cela se juge même dans le Parlement de Paris pour le païs coutumier, suivant l'Arrest de Largentier de Troyes, auquel on ajugea une rente qu'il avoit donnée à Marie Largentier sa fille, mariée au sieur de Passy, par le decés de laquelle cette rente estoit depuis échûë à la fille de ce sieur de Passy, petite-fille du donateur, laquelle estoit decedée sans enfans. Il y en a encore deux autres Arrests, dont l'un est pour le païs de Droit écrit, & qui sont rapportez dans les Arrestez de la Cinquiéme du 12. Juillet 1625. & par Henrys tom. 1. liv. 6. chap. 5. qu. 13. Enfin j'en ay vû rendre une semblable pour la Coutume de Poitou le 20. Juillet 1667. à l'Audience de relevée de la Grand'Chambre, plaidans Maistre Baillard & Maistre le Verrier. ☞ Et le mercredi 6. Mars 1697. la question a esté jugée pour Montbrison sur un appel de Lyon par Arrest de la 5e. au rapport de Monsieur de Lesseville au profit du nommé du Buisson ayeul appellant, contre Marie Rigaud Sabruc intimé : le Presidial de Lyon avoit jugé contre la reversion, en quoy il suit le Parlement de Grenoble : & la Cour en infirmant a cet égard a suivi l'usage particulier de Montbrison, qui est de donner en ce cas la reversion à l'ayeul.]

On n'avoit pourtant pas toûjours gardé cette Jurisprudence, témoin l'Arrest contre Monsieur le premier President le Maistre, qui demandoit une somme de 5000. livres qu'il avoit donnée en mariage à la Dame de la Marsiliere sa fille, avec clause de realisation pour elle & les siens de son côté & ligne; mais cet Arrest fut rendu en 1554.

& avant la reformation de la Coutume, auquel temps l'on s'attachoit, *Judaïcè*, à la regle *propre heritage ne remonte point. v. Chop. sur Parif. tit. 1. n. 28. & liv. 2. tit. 5. n. 15.*

35. Si un pere ayant stipulé la reversion lors du decés de sa fille, ou des enfans de sa fille, elle est dûë à ses heritiers.

On a demandé en païs de Droit écrit si un pere ayant stipulé la reversion au cas de decés de sa fille sans enfans, ou de decés de ses enfans sans enfans, le donateur étant decedé lors de la mort du fils unique de la fille qui estoit predecedée, les autres enfans du donateur pouvoient prétendre la reversion? Et quoiqu'il semble d'abord, que la reversion ne se stipule par le donateur que pour soy-même, & au cas qu'il survive sa fille & ses enfans, qu'ainsi il faut une double survie, lorsque la fille laisse des enfans, c'est à dire, qu'il est necessaire que le donateur ait survêcu à sa fille & aux enfans de sa fille; cependant outre que c'est une maxime écrite en la Loy *Pactum 9. ff. de probat.* que les stipulations, que nous faisons ne nous concernent pas seulement, mais nos heritiers, *quia plerumque tam heredibus nostris; quam nobismetipsis cavemus*, l'on peut dire que l'étenduë que le donateur a stipulée pour son droit de reversion, marque qu'indubitablement il a voulu pourvoir à ses heritiers, ne songeant pas à survivre aux enfans de sa fille. Ainsi il faut conclure pour les autres enfans du donateur. L'on a esté plus loin en païs de Droit écrit, où l'on a jugé la même chose, quoique la clause n'eût pas esté redoublée, & que la reversion n'eût esté stipulée qu'en cas de decés de la donataire sans enfans, comme il se voit dans l'Arrest rapporté par Monsieur Maynard liv. 8. chap. 33. ☞ Nous en avons un semblable dans Papon liv. 11. tit. 1. art. 38. c'est aussi l'avis d'Henrys tom. 2. liv. 6. qu. 3.

La raison de cette Jurisprudence est ce qui vient d'estre dit, que nos heritiers succedent à tout ce que nous avons stipulé pour nous même, si ce n'est à l'usufruit & aux droits que nous n'avons voulu attacher qu'à la personne, *L. 13. c. de commit. & contrah. stipulat.* Tellement que la reversion conventionnelle passe à nos heritiers, si nous ne l'avons limitée: ce qui se fait quelquefois en ne la stipulant qu'au cas du predecés du donataire; mais quand nous l'avons stipulée simplement au cas du decés du donataire sans enfans, alors nous avons parlé pour nos heritiers ou ayant cause, & il ne faut pas argumenter ici de la reversion legale, de la maniere qu'elle s'observe dans nôtre Droit, à la reversion conventionnelle: car la legale n'est donnée précisément qu'à la commiseration que la Loy conçoit pour la personne du pere, qui perd son fils ou sa fille, & à qui il seroit injuste de faire perdre encore la dot qu'il a constituée, *ne & filia amissa, & dotis damnum sentiret*, dit la Loy *Jure succursum ff. de jure dotium*: & comme la Loy suppose un pere qui a negligé de stipuler la reversion, elle le secourt avec reserve & par un pur principe d'humanité: & cette commiseration ne regardant que la seule personne du pere, la reversion ne passe pas au delà de la personne du pere, & est pure personnelle. Mais il n'en est pas de même de la reversion conventionnelle; car comme elle ne dépend d'aucun sentiment d'humanité, ni d'aucun motif de commiseration, mais qu'elle est considerée comme toute autre stipulation, elle ne concerne pas moins les heritiers du donateur, qui l'a stipulée, que sa personne même.

On pourroit opposer à cette décision un Arrest du 19. May 1616. rapporté par M. Ant. Morn. sur la Loy 5. *ff. de jure dotium*, qui jugea que les heritiers du donateur n'avoient pas la reversion qu'il avoit stipulée en cas de decés sans enfans. Mais cet Arrest de la maniere même qu'il est rapporté par cet Auteur, ne juge point la question, parce que non seulement le pere donateur deceda le premier; mais la bâtarde donataire laissa des enfans legitimes qui decederent aprés elle, ce qu'il exprime par ces mots, *Suscepti erant liberi ex eo matrimonio, quibus superstitibus decesserat presbyter, postreque spuria ac liberi.*]

Il s'ensuit à plus forte raison, qu'encore que le pere ait stipulé la reversion au cas seulement que sa fille decedât sans enfans, luy survivant; neanmoins si elle decede laissant un enfant, qui meure aprés sans enfans & du vivant du donateur, la reversion aura lieu, parce quen cette espece le mot d'*enfans*, se doit entendre avec effet, & ensorte qu'ils survivent, non seulement à leur mere, mais à l'ayeul qui a fait la donation. Que s'ils decedent avant l'ayeul, ils ne font non plus d'obstacle à la reversion, que s'ils n'avoient jamais esté; & c'est en ce cas que l'on dit *paria esse non extare, aut non extitisse.* Le donateur a encore plus besoin de cette consolation, que la Loy croit luy donner par la reversion, puisqu'il a fait une double perte. Aussi cette question s'estant presentée en une espece bien plus difficile, parce que la donatrice par un contrat qu'elle avoit fait avec son gendre depuis le decés de sa fille & de son petit-fils, avoit renoncé au droit de reversion, contre laquelle renonciation elle avoit obtenu des Lettres de récision, lesquelles à la verité estoient fondées sur le dol du gendre, qui avoit fait accroire à sa belle-mere, que l'enfant avoit survêcu, quoiqu'il y eût du doute, la mere estant decedée en couche, par Arrest du 6. Juin 1642. rapporté par Henrys tom. 1. liv. 6. chap. 5. qu. 33. la Cour enterinant les Lettres de récision, ajugea la reversion à l'ayeule. 36. Quid s'il ne l'a stipulée qu'en cas du decés de sa fille, l'aura-t-il en cas de decés des enfans de sa fille.

On a formé sur ce sujet une question importante dont voicy l'espece: un pere en mariant son fils luy a donné une Terre considerable, laquelle par le même contrat le fils a donné à sa future épouse, achetant peut-estre à ce prix une illustre alliance. Dans la suite le mari & la femme sont decedez & ont laissé un fils, qui est decedé sans enfans, & a laissé cet ayeul paternel qui est le donateur, & un ayeul & une ayeule maternels; & Bechet chap. 2. du droit de reversion prétend, que la chose se partagera entre l'ayeul paternel & les ayeuls maternels; mais nous établirons dans la suite & au nombre 50. que le tout doit appartenir aux ayeuls maternels, & cela en parlant de la reversion de ce qui est ameubli, ou donné entre conjoints. 37. Si ce qui est donné par le pere dans le contrat de mariage de son fils qui le donne & l'ameublit dans ce même contrat, aprés la mort du petit fils, retourne pour le tout à l'ayeul paternel; renvoy.

L'on peut demander si la reversion a lieu pour les donations qui sont faites hors le contrat de mariage, & la question est double. Car l'on peut demander si la reversion a lieu lorsqu'il n'y a point d'enfans, & si elle ne laisse pas d'avoir lieu, quoiqu'il y en ait; A l'égard de la premiere difficulté on peut dire qu'une des principales raisons pour lesquelles on a établi le droit de reversion, a esté que le pere qui dotoit sa fille ayant prétendu pourvoir à sa posterité, il estoit juste que dans le cas funeste du predecés de sa fille arrivé sans enfans, il eût la consolation de recouvrer la dot. Aussi toutes les Loix qui parlent du droit de reversion, supposent une dotation. La Loy *Jure succursum ff. de jure dotium*, dit, *si redderetur ei dos ab ipso profecta.* La Loy 4. *C. Soluto matrim.* dit, *dos a patre profecta.* & la Loy 6. *ff. de collat. bon.* dit, *dotem quam dedit avus*: d'où il semble, que l'on peut conclure que le pere qui a donné hors mariage, n'ayant pas songé à pourvoir à ses petits-fils; mais 38. Si les donations qui sont faites hors contrat de mariage, sont sujettes à la reversion.

ayant donné à son fils purement & simplement, ne doit avoir la reversion en aucun cas : & d'un autre costé, pour ce qui concerne la seconde difficulté, quelqu'un pourroit soutenir, qu'il doit avoir la reversion en tous cas, & même lorsque son fils a laissé des enfans, puisqu'ayant donné hors mariage il n'a pas songé à ses petits-fils, & n'a point eu dessein de leur pourvoir.

39. Resolution pour l'affirmative. Pour terminer l'une & l'autre difficulté, j'estime, que le Droit de reversion se regle en ce cas comme quand il y a constitution dotale, parce qu'il y a la même équité; & que d'ailleurs le pere qui donne à son fils ou à sa fille hors mariage, jette les fondemens de son établissement; ce qu'il fait avec d'autant plus de prudence, que l'on recherche volontiers un mariage, dont on sçait le prix : Aussi la Loy *Constitutionis novæ capitulum C. de bonis quæ lib.* dit en general, *quòd ab ipso parente datum vel ante nuptias donationis causâ :* & ce droit ayant d'abord esté établi pour la dot qui avoit esté constituée par le pere, fut étendu aux donations à cause des nôces, comme il paroist par cette même Loy & la Novelle 25. de l'Empereur Leon, qui dit, *si filius liberis orbetur, donum quod illi à patre processerit, ad donatorem oportere reverti.* Aussi Monsieur d'Olive liv. 4. chap. 7. dit, que ce Droit a lieu pour toute sorte de biens & de donations. Enfin, la plûpart des Coutumes du Royaume l'établissent indistinctement pour toutes les donations faites aux enfans qui decedent sans enfans, comme la Coutume de Paris article 313. celle de Châlons article 87. qui dit, *deniers donnez en mariage ou autrement.* Celle d'Auxerre, qui dit en l'article 241. *par traité en faveur d'iceluy, en avancement d'hoirie ou autrement.*

40. Si la femme instituée heritiere avec clause de rendre une partie des biens aux enfans, & qui restitué le tout à un fils qui s'étant marié a laissé un enfant qui est decedé sans enfans, a la reversion sur son petit-fils. Un mary ayant institué sa femme heritiere en païs de Droit écrit, & l'ayant chargée de restituer à un de ses fils, à son choix, à la reserve d'une certaine portion, la femme ayant executé & donné à un de ses fils, non seulement les parts sujettes à restitution; mais ce qui luy avoit esté reservé, ensuite le fils estant decedé & ayant laissé un enfant, qui estoit mort sans enfans, l'on a demandé s'il y avoit lieu à la reversion pour la portion reservée. Et la raison de douter estoit, 1. que la disposition du pere, & le choix de la mere s'étoient faits hors contrat de mariage, 2. que la mere n'avoit rien donné qui ne fût des biens de son mary; & qu'ainsi s'estant plûtost abstenuë de prendre, qu'elle n'avoit donné, elle ne pouvoit avoir la reversion, ayant esté le canal, & non pas la source de la donation, 3. qu'en pareil cas la Loy *Si sponsus 5. ff. §. si quis rogatus 15. de donat. inter,* dit, que c'est plûtost executer pleinement le fideicommis; que ce n'est donner soy-même : autant en disent les Loix 19. & 20. *ff. quæ in fraudem.*

41. Resolution pour l'affirmative. Nonobstant cela il faut dire, qu'en ce cas la mere a donné, & qu'elle a la reversion de sa portion aprés le decés de son petit-fils, 1. parceque elle a donné précisément à son fils, ce qui luy avoit esté donné par son mari, & il est vray de dire qu'elle exerce cette liberalité toute entiere, puisqu'elle n'a pas seulement restitué; mais qu'elle a donné ce qui luy avoit esté reservé, ce qu'elle n'a pû faire sans accepter auparavant la reserve & la donation.

2. Il y a bien de la difference entre celuy qui s'abstient de prendre sa quarte Trebellianique, ou sa falcidie, & celuy qui donne une portion, que le testateur luy a précisément reservée. Le premier ne fait qu'executer pleinement la volonté du testateur, qui ne luy avoit rien reservé, & l'avoit chargé de restituer le tout; mais le second, non seulement execute la volonté du testateur envers celuy à qui il doit restituer; mais il commence par l'executer luy-même à son profit particulier, & dispose ensuite comme celuy, qui en renonçant dirige sa renonciation au profit d'un de ses coheritiers, fait acte d'heritier avant que de disposer. L'on peut appliquer au premier cas les termes de la Loy *Unum ex familia de legat. 2. Quid enim est quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit reddere debuit?* mais ces termes ne se peuvent pas appliquer au second cas, où le testateur a reservé précisément une certaine portion au profit de sa femme, & luy a laissé le choix pour le surplus.

2. Il n'y auroit pas même difficulté, que dans nostre Droit les creanciers de la mere n'eussent leur hypoteque sur la portion reservée à son profit, ce qui ne seroit pas à l'égard d'une simple Trebellianique.

On demande si dans nostre Droit l'ayeul ayant donné à son petit-fils, & estant decedé, le droit de reversion appartient au fils? Je dis dans nôtre Droit, parce que ce n'est pas une difficulté dans le Droit Romain, suivant la Loy *Dotem quam dedit avus ff. de collat. bon.* qui va jusque-là, qu'elle fait venir le pere de la petite-fille ainsi dotée, quoiqu'il ait esté desherité par l'ayeul : mais le droit de reversion n'a point reçû cette extension parmy nous, & nous ne distinguons pas même comme fait Alexandre, liv. 7. cons. 42. nomb. 4. si l'ayeul a donné en contemplation de son fils, ou non; car quoique parmy nous l'ayeul soit toûjours presumé donner pour l'amour de son fils, & que le fils rapporte à sa succession, ce qu'il a donné à son petit-fils; neanmoins le pere fils de l'ayeul donateur n'aura point la chose en ce cas à titre de reversion; mais comme le plus proche du costé & ligne de l'ayeul qui a donné, selon les Notes de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 3. du chap. 12. de la Coutume d'Auvergne, sur l'art. 107. de celle d'Artois, sur l'art. 100. de celle de Montfort, & sur le 81. de celle de Vitry; & quand le donateur est decedé avant le donataire, nous estimons qu'il n'y a plus lieu à la reversion.

42. Si dans nôtre Droit l'ayeul ayât donné à son petit-fils, & estant decedé, la reversion appartient à son fils.

43. Resolution pour la negative, & que le pere a l'heritage comme plus prochain du costé & ligne.

44. Que cet heritage n'entre point en la communauté du pere. Ainsi bien loin d'étendre ce Droit comme on fait dans le Parlement de Toulouse, nous ne luy dônnons pas même en ce cas toute l'étenduë qu'il avoit dans le Droit Romain par la disposition de cette Loy, *Dotem quam dedit avus ff. de collat. bon.* & ces heritages qui monteront par la voye de succession au premier degré de la ligne ascendante, n'entreront pas en la communauté du pere & de la mere; parce que bien que nous ayons dit ailleurs, que la succession des enfans aux peres ne fait point de propres, suivant l'Arrest de la seconde Chambre des Enquestes, rendu au rapport de Monsieur Guillaume; neanmoins cela ne se doit entendre que des acquests du fils : car si les heritages estoient déja propres en la personne du fils, & qu'ils remontent au pere par succession, ils conservent la nature de propres, parce que le pere n'y succede en ce cas que comme le plus proche heritier du costé & ligne, dont ces heritages procedent. Il en est de même si le fils a retiré des propres de sa famille par retrait lignager, & qu'il decede sans enfans, laissant son pere son plus proche heritier du costé & ligne des heritages ainsi retirez.

45. Si la reversion a lieu pour les meubles donnez. Il faut examiner à present ce qui est sujet au droit de reversion, & si ce droit a lieu pour les meubles qui ont esté donnez. A l'égard du Droit Romain, ce que nous y avons de dispositions pour la reversion, marque assez qu'elle estoit genera-

le & avoit lieu, soit que la dot eût esté constituée en meubles ou immeubles : aussi la question ne s'en forme pas seulement pour les Parlemens & dans les Provinces qui suivent le Droit écrit, où la chose est constante, & a même esté jugée pour le païs de Forests par un Arrest du 13. Juillet 1625. rapporté par Henrys tom. 1. liv. 6. chap. 5. qu. 13. Mais c'en est une des plus difficiles de la matiere pour le païs Coutumier ; & afin d'en faire l'application à une espece particuliere, l'on suppose qu'un pere ait donné une somme de deniers à sa fille en mariage, laquelle soit decedée laissant un fils qui soit aussi decedé, mais sans laisser d'enfans, & l'on demande si le donateur doit reprendre cette somme sur la succession de son petit-fils ; ou si le pere en doit profiter ? La question pourroit encore estre proposée dans l'espece d'un ayeul qui auroit donné une somme de deniers à son petit-fils par une donation entre-vifs & hors mariage, pour sçavoir si cet ayeul, ou si les pere & mere, profiteront de cette somme aprés le decés de ce petit-fils, que l'on suppose mort sans enfans.

46. Raisons de ceux qui soûtiennent que la reversion n'a point lieu pour de simples meubles.

Comme plusieurs estiment, que la reversion n'a point lieu pour de simples meubles, il faut rapporter les raisons qu'ils en alleguent, dont la premiere est, que la possession des meubles estant peu considerable, & estant *vilis & abjecta possessio*, dit la Loy *Si rem mobilem ff. de adquir. possessione*, il est certain qu'ils n'ont point de suite, & sans une clause de realisation, ils ne portent aucun caractere du lieu d'où ils procedent, & se confondent facilement les uns avec les autres ; qu'ainsi dans les mains d'un fils ou d'un petit-fils, on ne distingue point les meubles qu'il a acquis, d'avec ceux qui luy viennent de son pere ou de son ayeul, & qu'il en est de même des actions mobiliaires. Qu'en cela nostre Droit est different du Droit Romain, qui consideroit plus l'origine des meubles & de l'argent comptant, comme si ce n'estoit pas écrire sur du sable, que de vouloir faire des caracteres particuliers des meubles & de l'argent comptant. *Mobilia proprie paterna vel materna dici nequeunt, cum jus lineæ vel stirpis in mobilibus non procedat, sed tantum in rebus soli*, dit Maistre René Chopin sur la Coutume d'Anjou liv. 2. chap. 2. tit. 2. nomb. 3. à la marge.

La seconde, que tous les meubles & toutes les actions mobiliaires se perdent & se confondent dans une communauté comme dans une mer, où il n'y a plus de fleuve qui retienne son nom, & qui conserve des marques de son origine. Mais cette raison est particuliere pour les donations faites par le contrat de mariage, & ne recevroit pas d'application dans la seconde espece, sur laquelle la question vient d'estre proposée.

La troisiéme, que les Coutumes même semblent decider cela, puisqu'elles apportent le cas de la reversion pour exception à la regle, *propre heritage ne remonte point*, par exemple, la Coutume de Paris ayant dit en l'art. 312. qu'en succession en ligne directe propre heritage ne remonte, elle dit en l'art. 313. *Toutefois succedent és choses par eux données.*

47. Raisons de ceux qui soûtiennent l'affirmative.

Il est aisé de s'imaginer les raisons de l'opinion contraire, qui est fondée sur la disposition précise du Droit Romain, & sur l'équité, qui semble demander aussi-bien la reversion des meubles que des immeubles : Aussi le second chef de l'Edit des secondes nôces ; qui impose une reserve des liberalitez du premier mari aux enfans du premier lit, & est une espece de droit de retour, a lieu tant pour les meubles que pour les immeubles.

Il y a une troisiéme opinion au Palais de ceux qui croyent, que quand les meubles sont encore en nature, comme si le pere ou l'ayeul a donné en mariage ou autrement des obligations, qui n'ont point esté exigées lors du decés du donataire ou de son fils, ou lorsqu'il a promis de l'argent, & qu'il ne luy a payé actuellement, la reversion de ces meubles a lieu ; mais que si ces meubles ne sont plus en nature, comme si les obligations avoient esté exigées ou l'argent payé, il n'y a plus lieu à la reversion. Et il y a quelque chose de semblable à cette opinion dans l'Edit des meres, où l'on considere l'origine des meubles, & l'on distingue dans la succession du fils ceux qui luy viennent du costé du pere, quand cela paroist par un inventaire, dont on ne donne à la mere qu'un simple usufruit ; d'avec ceux qui luy sont venus d'ailleurs, dont elle a la pleine proprieté, comme il sera dit dans la suite. 48. Opinion métoyenne.

On pourroit appuyer cette derniere opinion du fameux Arrest du 25. Février 1602. appellé l'Arrest de Largentier de Troyes, qui fut rendu sur cette espece : Le nommé Largentier de la ville de Troyes mariant sa fille au sieur de Passy, luy avoit donné 15000. livres, 3000. livres en deniers comptans, & 12000. livres en une rente sur particuliers, laquelle rente seroit propre à la future épouse : & en cas qu'elle fût rachetée, que les deniers en provenans seroient employez en heritages. Il y eut une fille de ce mariage, qui ayant succedé à sa mere mourut sans enfans. Largentier ayeul prétendit alors que cette rente luy appartenoit, & ce qui est à remarquer, il ne demanda point les trois mille livres. Le sieur de Passy soutint au contraire avoir succedé à la rente, parce que les rentes constituées sont mobiliaires à Troyes, & par l'Arrest la rente fut ajugée à l'ayeul à titre de reversion. Ainsi rien ne favorise mieux, ce semble, cette opinion, que cet Arrest qui ajuge à l'ayeul le mobilier extant à titre de reversion.

J'estime nonobstant tout cela, que la premiere opinion, qui va à ne donner la reversion que des immeubles, ou des propres fictifs, est la mieux fondée dans les principes de nostre Jurisprudence, selon lesquels les meubles se confondent aisément, ne portent aucun caractere de leur origine, la possession en est abjecte, & ne donne pas l'action de complainte ; le retrait lignager n'y a point lieu, & ils ne se prescrivent pas même, à proprement parler : car ils se perdent & se confondent d'abord. C'est pourquoy il faut realiser des meubles pour les affecter à la famille. D'ailleurs, nous avons consideré parmy nous le droit de reversion comme une explication de la regle *paterna paternis*, en disant que le donateur estoit, en quelque façon, le premier de la ligne, & meritoit toûjours la preference : ce qui a encore son fondement sur d'autres principes & d'autres exemples. Car si entre les collateraux l'on prefere toûjours ceux qui sont descendus de celuy qui a mis l'heritage dans la famille, pourquoy un donateur ne sera-t-il pas preferé luy-même, lorsque le donataire meurt sans enfans, ou ses enfans sans enfans, & sans freres ni sœurs? ainsi la reversion parmy nous est une preference dans les propres. C'est un des cas & le plus favorable de la regle *paterna paternis*. 49. Resolution que la reversion n'a point lieu pour les simples meubles.

En effet, je remarque que toutes les Coutumes, qui ont parlé de ce droit, ont fait mention d'heritages ou de propres fictifs. L'art. 241. de la Coutume d'Auxerre dit, *soit en heritages ou deniers à eux donnez pour sortir nature de propres.*

prts. La Coutume de Melun art. 270. établit la reversion des deniers destinez pour estre employez en heritages; autant en dit la Coutume de Dourdan, art. 111. celle de Châlons, art. 87. celle Noyon, art. 22. celle de Laon, art. 109. Mais ce qui pourroit faire de la difficulté, est que la plûpart de ces Coutumes ayant esté reformées en des temps, où l'on ne distinguoit pas encore les trois degrez de la clause de realisation, souvent elles donnent le droit de reversion en consequence d'une simple affectation à la future épouse, & c'est aussi la veritable raison de l'Arrest de Largentier de Troyes, dans lequel on donna le même effet à la clause, par laquelle il estoit stipulé que la rente demeureroit propre à la future épouse, que s'il avoit esté ajoûté *& aux siens de son costé & ligne*, qui sont les termes essentiels pour faire un propre en faveur des Collateraux, & même un propre de reversion en faveur de l'ascendant qui a donné.

Enfin, cette opinion est celle de la Lande sur l'art. 315. de la Coutume d'Orleans, quoy que cette Coutume dise en general, aussi-bien que celle de Paris, que *toutesfois les ascendans succedent aux choses par eux données:* ce qui s'explique par l'article precedent, qui dit, que *propre heritage ne remonte point*. ☞ C'est aussi le sentiment de Bacquet sur cette espece qu'il rapporte en son Traité des Droits de Justice ch. 21. n. 309. Il s'agissoit d'une somme de 6000. livres donnée par un pere à sa fille en mariage sans stipulation de propre, & avec une simple clause de reprise en cas de renonciation: les mariez estant decedez, & n'ayant laissé qu'un enfant, qui mourut quelque temps aprés, la somme de 6000. liv. fut pretenduë par l'ayeul maternel à titre de reversion: l'ayeul paternel soutint au contraire, qu'aux termes de l'art. 313. de la Coutume de Paris, qui regissoit les Parties, la reversion n'avoit point lieu: parce que l'art. ne la donnoit que des propres, & que la simple reprise n'avoit pas realisé la somme; & sur cette espece, dont cet Auteur ne rapporte pas la décision, il conclut que la reversion, dont parle l'article 313. de la Coutume de Paris, ne s'entend que des propres réels ou fictifs; & non de simples meubles, qui appartiennent toûjours à l'heritier mobilier.]

Il y a des préjugez considerables, qui appuyent encore cette opinion: car outre que dans l'Arrest de Largentier de Troyes, dont il vient d'estre parlé, on ne forma pas seulement la question pour les trois mille livres, qui avoient esté données en argent comptant, quoy que peut-estre on les donna à l'ayeul sans contester, en voicy un qui jugea precisément qu'il n'y avoit point de reversion dans le cas d'une simple realisation d'une somme de deniers au profit de la future épouse & des siens, parce que les mots *de son costé & ligne*, n'avoient point esté ajoûtez, & qui est rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 66. Le nommé Thevenin mariant sa fille à Faverel, luy donna trois mille livres, dont deux mille livres entreroient en communauté, & les milles livres restans seroient propres à la future épouse, & aux siens. Il y eut une fille de ce mariage nommée Antoinette Faverel, qui succeda à sa mere, & deceda ensuite sans enfans: ce qui forma la contestation entre Thevenin ayeul & Faverel pere: l'ayeul demandant à titre de reversion la somme de mille livres stipulée propre, le pere la pretendant à titre de succession mobiliaire, & soûtenant que l'ayeul, pour en faire un propre de reversion, avoit dû realiser au profit de la future & des siens & de son costé & ligne, à faute de quoy la chose étoit meuble dans la succession de l'enfant, & ne pouvoit appartenir à l'ayeul: & il fut ainsi jugé par l'Arrest du 30. Avril 1624. ce qui détruit l'opinion de le Grand sur l'art. 141. de la Coutume de Troyes, gl. 4. nomb. 5. où il estime, que la seule stipulation de propre sans stipulation d'employ, & sans qu'il soit parlé de *costé & ligne*, suffit pour faire un propre de reversion; aussi la Jurisprudence moderne est contraire.

On peut agiter à present la question proposée cy-dessus au nomb. 36. & dans laquelle on suppose qu'un pere a donné une Terre en mariage à son fils, lequel par le même contrat l'a donnée à sa future épouse, & que de ce mariage il y a eu un fils, qui a survécu à son pere & à sa mere, & est decedé sans enfans, laissant son ayeul paternel, qui a fait la donation de la Terre, & son ayeul & son ayeule maternels: sur quoy l'on demande si la terre appartiendra à l'ayeul paternel seul & à titre de reversion; ou si elle se partagera entre les ayeuls des deux costez; ou si elle ne doit point estre donnée aux seuls ayeuls maternels, en vertu de l'art. 315. de la Coutume de Paris. 50. Reprise de la question proposée au nomb. 37.

L'ayeul paternel dit, que c'est icy le vray cas de la reversion, puisqu'il trouve dans la succession de son petit-fils une Terre qu'il a donnée à son fils, & qu'il a esté jugé par les Arrests rapportez cy-dessus, que la reversion a lieu en ce cas. 51. Raisons pour l'ayeul paternel.

Au contraire, les ayeuls maternels disent, qu'ils sont précisément dans les termes de l'art. 315. de la Coutume de Paris, puisque leur fille a acquis par donation une Terre, qu'elle a laissée à son fils, lequel est decedé sans enfans & sans freres ni sœurs, & que d'ailleurs il n'y a point lieu icy au droit de reversion, puisque le fils donataire a disposé de la Terre au profit de sa femme, qui est entierement étrangere au donateur, & que dans nostre Droit l'esperance de la reversion ne lie point les mains au donataire, & ne l'empesche point de disposer: & qu'enfin l'ayeul paternel a même renoncé à la reversion par sa presence, & par le consentement qu'il a presté à la donation. Car, comme dit Coquille, qu. 167. vers le milieu, l'on presume que l'intention de toutes les personnes, qui contractent dans un traité de mariage, s'unit dans toutes les clauses qui le composent; c'est pourquoy l'on juge pour l'hypoteque de la dot & du doüaire, nonobstant la reversion & la substitution, suivant l'Authentique *res quæ C. communia de legat. & fideic.* 52. Raisons pour les ayeuls maternels.

Outre ces raisons, il y en a une, qui me fait conclure pour les ayeuls du costé maternel, que si la femme du fils donataire estoit decedée sans enfans, l'ayeul paternel n'auroit jamais pû pretendre cette Terre à titre de reversion, & que pour avoir la reversion sur les enfans du donataire, il faut l'avoir sur leur pere ou mere par la succession de qui l'heritage leur est échû: Or il est certain que dans l'espece particuliere, le petit-fils, des biens duquel il s'agit, n'a pas eu cette Terre comme heritier de son pere: mais en qualité d'heritier de sa mere, & par consequent comme l'ayeul n'auroit point eu la reversion sur sa bru, il ne la doit point avoir sur son petit-fils. De plus, je n'estime pas, que selon la rigueur du Droit on doive admettre l'ayeul paternel en partage avec les ayeuls maternels en vertu de l'art. 315. de la Coutume de Paris, quoy que son fils ait acquis, & que la chose se trouve en la succession de son petit-fils: parce qu'entre 53. Resolution pour les ayeuls maternels.

l'acquiſition du fils & la ſucceſſion du petit-fils, la choſe a paſſé en des mains étrangeres, le fils l'ayant donnée à ſa femme, & qu'elle n'eſt pas venue directement du fils acquereur au petit-fils de la ſucceſſion duquel il s'agit.

54. Diſcuſſion & examen de l'uſage qui donne au mari la reverſion de ce qu'il a donné à ſa femme lors du decés d'un enfant commun, qui meurt ſans enfans

Sur le fondement de ce qui vient d'eſtre dit, que pour avoir la reverſion ſur les enfans qui ont herité de la choſe donnée, & qui meurent ſans enfans, il faut qu'on l'ait pû avoir ſur le pere ou la mere, par la ſucceſſion de qui la choſe leur eſt échuë, je me ſuis ſouvent étonné que dans noſtre uſage, ſelon lequel l'on n'a pas fort étendu d'ailleurs le droit de reverſion, (quelques-uns doutant même qu'il ait lieu parmi nous,) l'on n'ait pas laiſſé de donner la reverſion au mari de ce qu'il a donné à ſa femme, par la ſucceſſion de laquelle choſe donnée eſt echûë à un enfant commun, lequel eſt decedé ſans enfans, ou à la femme de ce qui ayant eſté par elle ameubli eſt échû à un enfant commun par la ſucceſſion de ſon mary, lorſque le fils eſt pareillement decedé ſans enfans, ſelon l'Arreſt de la prononciation de la Noſtre-Dame d'Aouſt 1591. qui eſt le 73. de ceux qui ſont rapportez par Monrhelon.

55. Que cet uſage n'a aucun fondemét dans le Droit.

Car il n'y a dans le Droit aucun exemple, qui autoriſe cette reverſion. La Loy *Si liqueat C. de inoffic. donat.* au §. 1. dit à la verité, que ce qui eſt donné par le mary à la femme & depuis échû aux enfans communs, eſt reputé venir du mary; mais ſa déciſion eſt fondée ſur la préſuppoſition que la donation eſtoit faite pendant le mariage, *nam quod mox à marito in ſe matrimonii tempore donationis causâ collatum, emancipato filio communi conſentiente domino donavit, velut ex bonis patris (de cujus ſubſtantia prohibente matrimonio non potuit exire) datum accipi rationis eſt.* De même la Loy *6. C. de donat. inter,* eſt encore dans le même ſens, & la Loy *Cum aliis 4. C. de ſecund. nupt.* eſt un droit particulier établi pour le cas des ſecondes nopces, & qui va à oſter à la mere la proprieté de ſes gains nuptiaux, qu'elle conſidere par cette raiſon comme des biens paternels: ce qui n'a aucun rapport à nos préjugez. Voyez le Chapitre de la ſucceſſion d'entre mary & femme, nombre dernier.

56. Qu'il y a même quelques prejugez contraires.

Auſſi cette Juriſprudence qui donne la reverſion au cas qu'un enfant qui a recueilli le propre ameubli decede ſans enfans, n'eſt pas ſi uniforme qu'il n'y ait un Arreſt dans le même Auteur, chap. 17. de la prononciation de Noël 1582. qui prejuge le contraire: car il s'agiſſoit de la ſucceſſion d'une fille, qui avoit eſté heritiere de ſa mere, & en cette qualité avoit partagé la communauté, laquelle, ſuivant le contrat de mariage de ſes pere & mere, eſtoit de tous biens propres meubles & acqueſts; enſorte que cette fille avoit recueilly la moitié des propres de ſon pere, dont il demandoit la reverſion, & par l'Arreſt tous les biens immeubles de cette fille, tant ceux qui venoient du coſté du pere, que ceux qui venoient du coſté de la mere, furent ajugez à une tante maternelle, quoy que l'on dira peut-eſtre, que ce fut *vice permutati dominii*, & parce que le pere avoit auſſi eu des propres de la mere dans le partage de la communauté: mais outre que cela arrive toutes les fois qu'il y a des ameubliſſemens reſpectifs, & qu'ainſi il n'eſt pas vray de dire indiſtinctement, qu'en cas d'un ameubliſſement la mere reprenne ſon immeuble à titre de reverſion, lorſqu'elle ſe trouve dans la ſucceſſion d'un enfant commun, il eſt certain, que ſi l'on jugeoit que la reverſion eût lieu dans l'eſpece d'un ameubliſſement, ce devroit eſtre en tous cas: car tous les avantages que l'on fait à l'occaſion d'un établiſſement de communauté, ont toûjours leur prix & leur recompenſe. L'un fournit de l'argent; l'autre apporte des immeubles; l'autre ſon induſtrie; l'autre ſes talens naturels; l'autre ſa qualité & la vertu de ſon nom: tellement que l'on ſuppoſe toûjours de l'égalité dans les mariages: & ſi l'on refuſe la reverſion, quand l'ameubliſſement eſt reſpectif, & que la communauté eſt de tous biens, on la doit refuſer en tous cas: car ce n'eſt que pour de ſeconds mariages que l'on doit compter arithmetiquement ce qui a eſté donné de part & d'autre: c'eſt pourquoy cet Arreſt eſt un préjugé conſiderable pour la queſtion de ſçavoir, ſi en cas d'un ameubliſſement la reverſion doit avoir lieu du propre ameubli qui ſe trouve dans la ſucceſſion d'un enfant. Il faut eſtre averti neanmoins, que l'on approuve au Palais cette reverſion, quoy que l'on convienne, que lorſque le conjoint donataire n'a point laiſſé d'enfans, le donateur ou celuy qui a fait l'ameubliſſement n'a pas la reverſion: ainſi l'on donne la reverſion ſur l'enfant commun, qui decede ſans enfans, aprés avoir eſté heritier du predecedé, & on ne la donne pas ſur le même donataire qui eſt predecedé, quand il n'a point laiſſé d'enfans: ce qui s'implique.

Il faut parler à preſent des effets & des ſuites du droit de reverſion: & il eſt certain, que l'heritage retourne aux aſcendans en la même qualité qu'il eſtoit poſſedé avant la donation: acqueſt, s'il eſtoit acqueſt, & propre, s'il eſtoit propre avant la donation: parce qu'il retourne en vertu d'une cauſe ancienne & d'une condition, que l'on preſume avoir eſté ſous-entenduë lors de la donation. Et c'eſt icy un des cas dans leſquels la ſucceſſion des aſcendans qui ne fait pas de propres, ne laiſſe pas de conſerver les propres en leur nature: car ce Droit eſt meſlé de ſucceſſion & de reverſion. 57. La reverſion conſerve le propre.

Que ſi le petit-fils donataire avoit vendu l'heritage donné ſans clauſe de rachat, & que pluſieurs années aprés il luy prît envie de racheter ce même heritage, parce que l'acheteur l'avoit bâti depuis, ou par quelque autre motif, l'on demande ſi en ce cas la reverſion aura lieu au profit de l'ayeul, lorſque le donataire decede avant luy ſans laiſſer d'enfans, ou ſi l'heritage appartiendra à la mere du donataire qui eſt l'heritiere des meubles & acqueſts? Et j'eſtime, que la reverſion n'a point lieu en ce cas, à moins qu'il n'y ait fraude: ce qui ſe preſume neanmoins plus aiſément entre la mere & le fils. Mais hors cela c'eſt un rencontre fortuit: & comme le petit-fils avoit vendu ſans aucune reſerve, & que l'acheteur luy a revendu librement, l'heritage eſt une fois ſorti de la famille, l'alienation pure & ſimple a fait manquer le cas de la reverſion: aprés quoy l'heritage racheté eſt acqueſt & appartient à la mere. 58. *Quid* ſi le donataire a vendu, & enſuite a racheté, la reverſion a-t-elle lieu lorſqu'il decede.

Ce qui auroit lieu à plus forte raiſon, ſi le petit-fils avoit vendu l'heritage ſujet à reverſion à un ſien parent, dont il eſtoit heritier preſomptif, & que cet heritage luy fût échû de rechef dans le partage de la ſucceſſion de ce parent: car cette eſpece eſt encore moins ſuſpecte de fraude, pourvû que le petit-fils ne fût pas le ſeul heritier de cet acheteur: & en l'un & l'autre cas l'heritage ayant une fois perdu ſa qualité de propre de reverſion par la vente qui a eſté faite, ſuivant la maxime ordinaire, que *mutatione perſonæ, mutatur qualitas & conditio rei*, il ne la recouvre point. 59. *Quid* ſi le petit-fils donataire vend à celuy dont il eſt heritier, & retrouve l'heritage vendu dans ſa ſucceſſion.

Il eſt certain que dans la plûpart des Provin-

ces, qui sont regies par le Droit écrit, la reversion se fait franchement & quittement de toutes dispositions, tant à titre onereux qu'à titre gratuit. Il y a pourtant quelques-unes de ces Provinces où le contraire a lieu, comme le païs de Forests, selon le témoignage d'Henrys, tom. 1. liv. 6. chap. 5. qu. 13. Mais on a demandé si dans ces Provinces de Droit écrit la substitution pupillaire faite par le pere, empesche la reversion au profit du donateur, comme de l'ayeul : & il est constant qu'elle ne l'empesche pas dans les Provinces qui établissent la reversion franchement & quittement de toutes dispositions : car ce que le fils ou le petit-fils pubere ne pourroit pas faire luy-même, le pere ne le peut pas faire pour luy pendant qu'il est impubere, & en luy faisant une substitution pupillaire. La donation est reputée faite sous une condition resolutive, en cas qu'il n'y ait point d'enfans ; & cette condition arrivant, l'on tient dans ces Provinces, que la reversion qui procede *ex antiqua causa*, ne souffre aucune alteration, ni par le testament du donataire, ni par le testament qu'on luy fait, ni par les charges & hypoteques qu'il peut avoir imposées : c'est pourquoy si l'on suppose que dans l'une de ces Provinces un pere ait doté sa fille, qui ait eu un fils, & que le mari ait fait une substitution pupillaire à ce fils dont le cas arrive, cette substitution ne préjudiciera pas à l'ayeul donateur, & n'empeschera pas la reversion des choses données. Neanmoins dans ces Provinces, quand les autres biens du mary ne sont pas suffisans pour la restitution de la dot, ceux qui sont sujets à la reversion, ne laissent pas d'être pris subsidiairement pour acquitter la dot au préjudice du donateur, pourvû qu'elle se trouve constituée dans le même contrat : ce qui a esté jugé au Parlement de Toulouse, par Arrest du 25. Octobre 1623. rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 5.

60. Qu'en Forests la reversion n'est point exempte des charges.

61. Si la substitutiō pupillaire fait obstacle à la reversion.

62. Que les biens sujets à la reversiō souffrent l'hypoteque de la dot.

A l'égard du païs coutumier, non-seulement l'alienation à titre onereux fait obstacle à la reversion ; mais l'alienation à titre gratuit, c'est à dire, les donations entre-vifs & testamentaires ; mais comme la reversion n'a lieu en ce païs que pour des immeubles, ou des propres fictifs donnez en ligne directe, le donataire n'en peut disposer que du quint, & le donateur fait reduire le legs du propre de reversion, comme du propre de succession : aussi il est obligé de reconnoître les charges & hypoteques qui ont esté imposées sur l'heritage par le donataire, excepté dans la Coutume de Berry, laquelle au titre des successions, article 5. exempte le propre de reversion des dettes personnelles, si ce n'est subsidiairement & au deffaut d'autres biens : ce qui se juge aussi au Parlement de Provence au rapport de Boniface, liv. 7. tit. 8. chap. 2.

63. Que toutes les alienations font obstacle à la reversion en païs coutumier.

Quelques-uns prétendent aussi, que lorsque l'on commença à établir le droit de reversion dans la Coutume de Paris, on le jugea exempt des charges & hypoteques, & citent pour cela un Arrest de l'an 1584. rendu pour Hippolyte Viole, mere d'Agnan de Cailly, qui est dans une Note marginale sur le liv. 3. chap. 1. tit. 4. nomb. 11. du Commentaire de Maistre René Choppin, sur la Coutume d'Anjou. Mais cet Arrest, à ce que l'on dit, ne se trouve point dans les Registres, & il est peu important de quelle maniere on ait reçû de droit lors de son établissement, puisque c'est aujourd'huy une chose constante, que le donateur, qui a la reversion, est tenu des charges & des hypoteques.

64. Ce qui ne s'observoit pas dans l'anciēne Coutume de Paris.

Que si ce n'est pas le donateur, qui est l'heritier des meubles & acquests, par exemple, si c'est l'ayeul qui a donné, il payera sa part des dettes avec le pere & les heritiers maternels, à proportion de l'émolument.

65. Que la reversion oblige aux dettes à proportion de l'émolument.

Il y a neanmoins une exception à la regle qui vient d'estre établie, que celuy qui a la reversion paye sa part des dettes : c'est que lorsqu'elle est stipulée franche & quitte dans le contrat de donation, l'ascendant ne reconnoist point les dettes, parce qu'il vient *ex antiqua causa*, & en vertu d'une clause précise & d'une condition apposée dans la donation, ce qui a esté jugé par deux Arrests, l'un du 23. Avril 1575. & l'autre de l'an 1584. rapportez par Fortin & Ricard sur l'art. 313. de la Coutume de Paris.

66. Exception quand la reversion est conventionnelle.

Au surplus, quand l'ascendant ne vient point en vertu d'une clause précise, il est tenu en ce cas *ultra vires*, & audelà de l'émolument : parceque, quant au payement des dettes, la reversion est succession, si ce n'est dans la Coutume de Berry, où les charges & hypoteques, dont le donateur, qui a la reversion, est tenu subsidiairement, ne peuvent pas aller audelà des choses sujettes à la reversion. Neanmoins il y a lieu de douter si dans nos Coutumes on executeroit ces maximes à la rigueur contre un ayeul, qui ne s'étant immiscé en aucuns biens, & n'estant pas même heritier mobilier de son petit-fils, auroit eu à titre de reversion des immeubles qu'il avoit donnez : car comme la donation n'oblige point audelà de l'émolument, il semble que la reversion merite le même privilege, lorsqu'il n'y a aucun soupçon de fraude & de recelé ; mais l'ayeul auroit besoin en ce cas de Lettres de rescision contre l'addition qu'il auroit faite des propres de reversion ; & pour prévenir tout cela, comme la reversion emporte avec elle la qualité d'heritier, il est bon que celuy qui ne doit estre heritier que de ce qu'il a donné, se porte heritier beneficiaire des biens sujets à la reversion.

67. Si celuy qui n'a que la reversion est tenu *ultra vires*.

Enfin, l'on demande si les biens sujets à la reversion ne laissent pas de pouvoir estre confisquez sur le donataire ? & il est sans doute que la reversion empesche la confiscation en païs de Droit écrit ; ce qui a esté jugé au Parlement de Toulouse par Arrest du 8. Juin 1575. rapporté par Papon, liv. 21. tit. 1. Arr. 24. au cas même que le fils donataire & condamné à mort, nommé Laurent Tabard, avoit laissé une fille, & le President declara aprés la prononciation de l'Arrest, que la Cour avoit presupposé que le pere qui s'appelloit Ogier Tabard, à qui elle venoit d'ajuger la reversion, conserveroit les biens à la petite-fille : ainsi, comme le remarque Monsieur Maynard, qui rapporte pareillement cet Arrest, liv. 2. chap. 91. l'on jugea, que la fille du condamné qui ne pouvoit estre heritiere, ne pouvoit faire obstacle à la reversion ; de même que dans nostre Droit, des heritiers qui renoncent ne font point obstacle à la donation entre conjoints, selon Maistre Charles du Molin, sur la Coutume de Berry, tit. 19. art. 8.

68. Si la reversion empêche la confiscatiō en pays de Droit écrit.

A l'égard du païs coutumier, la chose y peut faire difficulté, à cause du pouvoir que l'on donne au donataire d'affecter, d'hypotequer, & d'aliener à titre onereux, ou à titre gratuit, par donation entre-vifs ou testamentaire, au préjudice de la reversion, & qu'il semble que celuy qui peut aliener, peut commettre & confisquer. Cependant il faut soûtenir *contra veterem rigidum stylum*, comme dit Maistre Charles du Molin, au sujet de la confiscation des biens de la communauté, que la reversion doit avoir lieu en ce cas, & qu'il faut faire distraction sur les biens sujets

69. *Quid* en païs coutumier.

à la confiscation des choses données, selon ce qui est dit en la Loy 3. *C. de bonis proscript.* parce qu'en recevant parmi nous le Droit de reversion, comme il est établi indubitablement par l'art. 313. de la Coutume de Paris, & plus expressément par la Coutume d'Auxerre, celle de Berry, & beaucoup d'autres: nous sommes entrez dans le motif de la Loy qui l'avoit établi avant nous, qui est la condition; sous laquelle on presume que le pere donne à son fils, lorsqu'il l'établit & pourvoit à sa posterité, laquelle condition venant à manquer, & le fils étant decedé sans enfans, l'on suppose en ce cas une reserve tacite, que l'on execute au profit du donateur.

De plus, on est entré en commiseration pour la personne du pere: & c'est le motif dont s'explique la Loy *Jure succursum ff. de jure dotium.* Que si au milieu de cela l'on a permis dans nostre Droit au fils donataire d'aliener au préjudice de la reversion, ç'a esté parce que l'on a presumé que le dessein du donateur même, avoit esté de laisser la libre disposition à son fils des choses données, dont il pouvoit avoir besoin de disposer pour son établissement & pour le commerce de ses affaires: mais comme cette raison ne se verifie pas dans le cas d'une confiscation, & que le pere n'auroit plûtost pas donné, que de laisser la libre disposition à son fils à l'effet de pouvoir confisquer les choses données, il faut juger en ce cas que la reversion a lieu au préjudice d'un confiscataire: & c'est le sentiment de Maistre Guy Coquille sur la Coutume de Nivernois, art. 9. des donnations, & de la Lande sur l'art. 315. de la Coutume d'Orleans, pag. 384. col. 2. C'est ainsi que l'on a jugé, qu'une communauté ayant esté stipulée de tous biens, même des propres, le fisc, aux droits du mari, ne pouvoit pas pretendre la moitié dans les propres de la femme: parce que la convention estoit pour le mari, & pour les enfans; & non pas pour le fisc. Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 1. nomb. 27. Ce qui se juge aussi pour un ameublissement particulier, & l'on peut dire *à pari*, que la liberté de disposer des choses données au préjudice de la reversion, qui est fondée sur la volonté présumée du donateur même, ne doit pas s'étendre jusqu'à la confiscation, & que la raison pour laquelle nous avons restraint par nostre usage le droit de reversion, cessant en ce cas, il faut revenir au droit commun, & dire que le donataire ne peut pas aliener de cette maniere au préjudice de la reversion.

70. Comparaison de l'usage du païs de Droit écrit avec celui du païs coutumier. Il ne faut pas quitter cette matiere sans comparer l'un avec l'autre, l'usage du païs coutumier & celui du païs de Droit écrit, en ce que l'un assujettit le pere donateur aux dettes & aux hypoteques du fils donataire, & ne luy laisse point de moyen de revoquer les alienations: l'autre au contraire ne l'assujettit à reconnoistre aucunes alienations ni à titre gratuit, ni à titre onereux, c'est à dire, donation, vente, hypoteque, commise, ou confiscation: & pour dire mon avis de ces deux usages contraires, il semble que celuy du païs de Droit écrit est trop desavantageux au donataire, parce qu'il luy lie les mains, & l'empêche de pouvoir commercer des choses données, non pas même à son avantage, ce qui est contre le volonté presumée du donateur, & contre la Loy *Jure succursum*, qui n'use pas du terme de reversion comme la Loy *Si unquam C. de revoc.* mais se sert du terme de restitution, *si redderetur ei dos ab ipso profecta*, ce qui signifie naturellement que l'on doit rendre au pere les choses données en l'état qu'elles se trouvent. D'autre costé tout ce que produit l'usage du païs de Droit écrit, consiste à diminuer en faveur du donateur & contre l'interest du donataire l'effet d'une donation, qui est absoluë & sans aucune condition, à reduire, dans le cas qu'il n'y ait point d'enfans, une donation qui est de la pleine proprieté à un simple usufruit, enfin à interdire le donataire, ou au moins frustrer ses legitimes creanciers de leur dû, par la seule raison qu'il n'a point d'enfans.

Il ne faut point dire pour soûtenir cet usage, que le pere qui s'attend à la reversion sans charge, en cas que son fils vienne à mourir sans enfans, en devient plus liberal: car outre que la pensée d'un predecés, qui trouble l'ordre de la nature, n'est pas ordinaire, l'on n'a pas besoin de ces motifs pour se porter à soûtenir ceux à qui l'on a donné la vie, *nulla lex indulgere liberis jubet. Supervacuum est enim in id in quod imus nos impelli*, dit Seneque, *lib. 4. de benefic. cap. 18.* Mais naturellement on leur donne sans retour, & c'est la Loy qui restituë au cas du predecés du fils sans enfans, & qui remet le pere en possession des choses données en l'état qu'elles se trouvent alors. Ce qui a même son fondement dans la Loy *Si qua mulier 4. C. ad Senatusc. Tert.* qui établit un droit semblable en cas seulement que les enfans n'ayent pas disposé des choses données. *Sin autem universi intestati diem obierint, dura fortuna ad matrem solatia ex integro revertantur, ita scilicet ut hunc semissem, quem filiis vel filiabus donaverat, intestato diem obeuntibus, rursus ipsa separatim ab ultimi filii vel filiæ hereditate præsumat.*

SECTION III.

De l'usufruit des conquests.

SOMMAIRE.

1. *Fondemens de ce droit d'usufruit sur les propres naissans des enfans.*
2. *Si la communauté estant limitée pour la femme à une certaine somme, elle aura l'usufruit des conquests de son mari; qui se trouvent en la succession du dernier des enfans.*
3. *Si la veuve qui a renoncé à la communauté, peut succeder à cet usufruit.*
4. Quid *si elle n'avoit pas stipulé la reprise.*
5. *Opinion singuliere de la Lande.*
6. Quid *s'il y a eu separation, depuis laquelle un des deux ait fait des acquisitions.*
7. Quid *des conquests faits avant la separation, si elle ne se fait que pour l'avenir: & si une femme peut se faire separer pour l'avenir seulement, acceptant la communauté pour le passé.*
8. *Si les propres ameublis sont icy compris sous le mot de* conquests.
9. *Si le frere uterin fait obstacle à l'usufruit du pere survivant.*

1. Fondemens de ce droit d'usufruit sur les propres naissans des enfans.

LA troisiéme sorte de succession des ascendans est qu'ils succedent par usufruit aux conquêts de leur communauté, lesquels par le decés de l'un d'eux sont échûs à leurs enfans, qui decedent sans enfans, & sans freres ni sœurs : ce que l'on a établi sur la même équité, qui a fait admettre le don mutuel entre conjoints, que quand il n'y a plus d'enfans du mariage, l'on ne doit pas envier au survivant la joüissance des conquests de la communauté, qui sont les fruits du travail commun, ou de l'œconomie de l'un, & du travail de l'autre. Et même cet usufruit que la Loy défere au pere, luy tient lieu de don mutuel, qu'il auroit pû avoir, si son fils estoit decedé avant le mariage fini ; & comme le don mutuel auroit pû estre de tous les meubles & conquests, ce droit d'usufruit est de tous les meubles & conquests, même de ceux dont le dernier decedé a herité de ses freres & sœurs, quoiqu'ils ayent esté propres anciens en sa personne. Mais pour avoir une connoissance parfaite de cette espece de succession, il en faut examiner les conditions & les effets.

2. Si la communauté estant limitée pour la femme à une certaine somme, elle aura l'usufruit des conquests de son mari, qui se trouvent en la succession du dernier des enfans.

La premiere & la plus essentielle des conditions est, que les conjoints ayent eu communauté, sans quoy il n'y a point de fruits d'un travail commun; mais bien d'un travail particulier. Que s'il est stipulé par le contrat de mariage des pere & mere, que la femme n'aura qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, l'on demande si en ce cas elle succedera par usufruit aux conquests du mari, qui se trouvent dans la succession d'un enfant commun : Et il faut dire, que comme la femme, nonobstant un tel forfait entre le mari & elle, est toûjours commune, elle est capable de succeder aux conquests par usufruit. Et ce qui prouve qu'une convention de cette sorte ne détruit point la communauté, c'est qu'elle a la même faculté de renoncer à la somme convenuë, qu'une autre a sa moitié dans les meubles & conquests : elle n'est point tenuë au delà de cette somme, non plus qu'une autre au delà de l'émolument : elle pouvoit faire un don mutuel à proportion de sa somme. Enfin, le prix de ce forfait se prend sur les plus clairs effets de la communauté, ainsi c'est un droit d'une communauté conditionnée. Que si cette somme monte à beaucoup moins que les conquests du mari, & qu'ainsi elle profite plus de cette succession de l'usufruit des conquests, que son mari n'auroit fait en cas semblable, & supposé qu'il eût survécu à sa femme & à ses enfans, cela ne produit point d'inégalité : parce que le droit de succeder estant attaché au droit de communauté, il estoit sous la même incertitude de l'évenement, celuy qui perdoit à la convention, gagnoit à la succession, & l'une recompensoit l'autre.

3. Si la veuve qui a renoncé à la communauté, peut succeder à cet usufruit.

En second lieu, on demande si la veuve qui a renoncé à la communauté, & a repris franchement & quittement, peut succeder à l'usufruit des biens que son mari a acquis pendant le mariage, & qui se trouvent dans la succession du dernier des enfans : car il peut souvent arriver que la veuve, qui pour éviter la discussion des dettes, a renoncé à une communauté, qui d'ailleurs n'estoit pas desavantageuse, aprés que ses enfans ont payé leurs dettes sur leurs biens particuliers, prétende succeder à l'usufruit des conquests, qu'elle trouve dans la succession du dernier des enfans; mais il semble que comme aprés sa renonciation, on ne considere plus le droit habituel, qu'elle avoit eu en la communauté, parce que bien loin d'estre reduit en acte, il s'est terminé par une renonciation & une reprise, dés lors il n'y a plus de fruits d'un travail commun, ausquels le survivant puisse succeder par usufruit lors de la mort du dernier des enfans.

4. *Quid* si elle n'avoit pas stipulé la reprise.

Il y a plus de difficulté si la clause de reprise n'a pas esté stipulée par le contrat de mariage, & que la femme ait apporté des deniers en la communauté. Car il est vray de dire, que quoiqu'elle ait renoncé, elle a au moins contribué à la communauté, & à l'acquisition des immeubles : & je n'estime pas qu'elle doive estre excluse en ce cas particulier, quand elle a renoncé par erreur, & croyant les affaires de la communauté pires qu'elles n'estoient dans la verité. Que si effectivement il y avoit autant ou plus de dettes que de biens, & que les enfans ayent payé ces dettes aux dépens de leurs anciens propres, en ce cas il seroit injuste que la mere eût l'usufruit des conquests : car ce seroit avoir l'usufruit des propres anciens qui auroient esté vendus pour conserver ces conquests.

5. Opinion singuliere de la Lande.

La Lande sur l'article 216. de la Coutume d'Orleans est de contraire avis, & tient que la veuve, qui a renoncé à la communauté, ne laisse pas d'avoir ce droit d'usufruit, parce qu'ayant deux droits differens, l'un de communauté, & l'autre de succession, elle peut renoncer à l'un & conserver l'autre. Mais la réponse est, que cela a lieu lorsque les droits ne dépendent pas l'un de l'autre : Or la succession par usufruit n'estant que pour les conquests, & n'y ayant point de conquests sans communauté, il faut conclure que la renonciation à la communauté emporte l'exclusion de pouvoir succeder par usufruit, & c'étoit le sentiment de défunt Maistre B. Auzanet, dont il s'est même expliqué dans ses Memoires.

6. *Quid* s'il y a eu separation depuis laquelle l'un des deux ait fait des acquisitions.

En troisiéme lieu, si les pere & mere s'estant fait separer de biens, l'un d'eux a fait depuis des acquisitions, ausquelles l'enfant commun ait succedé, l'autre ne succedera point par usufruit à de tels biens, qui sont de veritables acquests, & que l'on ne peut point dire avoir esté acquis par les pere & mere. En effet c'est une maxime, que *cui non conveniunt verba legis, nec ejus dispositio convenit.* L'article 314. de la Coutume de

Paris parle des biens acquis par pere & mere, & non des biens acquis par l'un d'eux. D'ailleurs, l'esprit de l'article ne se peut non plus appliquer à cette espece, puisque ce ne sont point icy des fruits d'un travail commun, & que cette succession est un droit singulier établi en faveur de la collaboration : Aussi il est certain que ce droit ne comprend point les acquests faits avant le mariage. Ric. sur l'art. 314. Charondas sur le même arr. où il en rapporte un Arrest du 14. Aoust 1591.

7. *Quid* des conquests faits avant la separation, si elle ne se fait que pour l'avenir, & si une femme peut se faire separer pour l'avenir seulement, acceptant la communauté pour le passé.

En quatriéme lieu, il y auroit plus de difficulté à l'égard des conquêts faits avant la separation, ce qui dépend d'une question de sçavoir, s'il y a quelque cas particulier où une femme puisse, en demandant la separation pour l'avenir, accepter la communauté pour le passé : dans laquelle si on consulte ceux qui ne se reglent que par la pratique & la routine, on conclura pour la negative, quoique l'on puisse dire, que la separation de biens, qui vient en consequence de la separation d'habitation, peut compatir avec l'acceptation de la communauté pour le passé; parce qu'elle ne vient pas en consequence de la dissipation; mais des sévices & mauvais traitemens. De plus, il y a tel cas où la femme peut accepter la communauté pour le passé, & demander la simple separation pour l'avenir, comme lorsqu'un mari se jettant dans la débauche, détruit à plaisir une maison bien établie : car en ce cas je ne vois pas pourquoy la femme œconome qui a fait sa maison par son menage & par sa conduite, & qui n'a point d'autres biens que les meubles & conquests de la communauté, ne puisse pas s'opposer au torrent de la dissipation de son mari pour assûrer du pain à ses enfans, en empêchant qu'il ne consomme peut-estre en un an les fruits de dix années de collaboration. 1. Parce qu'il est de l'interest public, que personne n'abuse des choses mêmes qui luy appartiennent le plus absolument. 2. Parce qu'encore que le mari soit maistre de la communauté, neanmoins la femme y a un droit habituel, & ainsi elle a interest d'en arrester la perte totale. 3. Parce que les Coutumes en établissant ce droit du mari sur les effets de la communauté, ne laissent pas de marquer qu'il peut estre privé de ce droit quand il en abuse : Ainsi l'article 408. de la Coutume de Bretagne dit; que *les meubles sont en la disposition du mari, & qu'il en peut faire à sa volonté, faisant provision competante à sa femme durant le mariage, jusques à ce que le mari soit trouvé mal-usant de ses biens*; d'où il est aisé de conclure, que quand il en use mal, la femme peut arrester le cours de ses dissipations, en demandant la separation de biens & le partage des effets de la communauté. Car autrement le remede seroit presque inutile : & si l'on obligeoit la femme de renoncer en se faisant separer, ce seroit donner le moyen au mari d'achever de dissiper & de perdre ce qui resteroit d'effets de la communauté. De même, la Coutume de Paris en l'article 225. ne permettant pas au mari de disposer des effets de la communauté en fraude de la femme, par une consequence necessaire permet à la femme de faire declarer nulles de pareilles donations, & de partager les choses données, quoiqu'elle ne puisse tout cela qu'en se faisant separer. 4. C'est l'avis de Maistre Charles du Molin sur l'article 25. de la Coutume de Paris, nomb. 2. où aprés avoir dit, que le droit de la femme est un droit habituel, qui se reduit en acte aprés la dissolution du mariage, il ajoûte : *Immo etiam constante matrimonio potest etiam ille habitus ipso jure exire in actum, putà si marito malè versante aut ex alia causa bonorum separatio fiat* : Or si la femme pour se faire separer avoit besoin de renoncer, on ne pourroit pas dire que lors d'une separation le droit de la femme sur la communauté devient un droit actuel durant & constant le mariage, puisque dans le même moment qu'elle se feroit separer, il faudroit qu'elle se départît de ce droit, & qu'elle renonçât à la communauté.

Ce qu'estant presupposé il faut conclure, qu'en ce cas particulier la succession de l'usufruit des conquests peut compatir avec la separation des biens, & que si l'enfant qui a recueilli des conquests faits avant cette separation, vient à deceder sans enfans & sans freres & sœurs, le survivant y succede par usufruit.

Il ne faut pourtant pas abuser de ce que nous venons de dire, qu'il y a tel cas, où il seroit juste de ne pas obliger la femme qui demande d'estre separée, à renoncer à la communauté, ni faire une proposition generale d'une simple exception : ce seroit donner au sexe, déja trop enclin aux separations, un avantage trop injuste : mais dans le cas dont il vient d'estre parlé, on peut fléchir la regle pour sauver du pain aux enfans communs.

On demande en cinquiéme lieu, si cette succession d'usufruit est tellement bornée aux veritables conquests, que les propres ameublis n'y soient pas compris : & il faut dire que le survivant succedera aussi aux propres ameublis : parce qu'ils tiennent lieu de conquests, tant pour la communauté que pour la succession des enfans. Que si c'est le survivant qui a fait l'ameublissement, il y succedera en pleine proprieté, selon le commun usage, qui est, que la reversion a lieu en ce cas : ce que nous avons dit estre contre nôtre sentiment particulier; dautant que si le predecedé estoit mort sans enfans, la moitié de la chose donnée ou ameublie auroit passé aux heritiers collateraux, sans que le survivant, qui auroit fait la donation, ou l'ameublissement, eût pû pretendre cette reversion : d'où il semble que ne l'ayant point sur le donataire même, il ne le peut prétendre sur les enfans communs. Si au contraire c'est le predecedé qui a ameubli, le survivant succedera par usufruit à l'enfant commun, soit que le propre ait esté ameubli purement & simplement, soit qu'il l'ait esté avec clause précise qu'il sortira nature de conquest, parce que la fiction de l'ameublissement n'estant autre que de faire considerer le propre comme un conquest, luy en donne tous les effets, suivant la maxime ordinaire, *tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero*; laquelle est fondée sur l'exemple de l'adoption, qui fait considerer le fils adoptif comme le fils naturel, *L. 1. ff. de adopt.*

8. Si les propres ameublis sont icy compris sous le mot de *conquests*.

La seconde condition, sans laquelle cette succession par usufruit n'a point lieu, est que l'enfant, de la succession duquel il s'agit, ne doit point avoir de freres ni de sœurs. Ainsi le survivant ne succede pas à l'usufruit des conquests, à mesure que les enfans meurent; mais seulement aprés le decés du dernier des enfans. Sur quoy l'on a proposé cette question pour la Coutume de Paris: Un particulier ayant épousé une veuve, qui avoit déja un fils de son premier mariage, a eu d'elle une fille, sa femme est decedée laissant ce fils du premier lit, & cette fille du second : celle-cy est morte aprés sa mere, & le pere survivant pretend l'usufruit du quart des conquests, qui ont esté propres naissans en la personne de sa fille, & qui sont les fruits du travail commun de luy & de sa femme, d'autant plus qu'il ne reste point d'enfans de leur mariage : Le frere uterin l'empêche, & soutient que ce quart des conquests luy ap-

9. Si le frere uterin fait obstacle à l'usufruit du pere survivant.

partient en pleine proprieté, parceque'il est frere de la défunte du côté de sa mere, par le decés de laquelle ces heritages luy sont venus.

10. Raisons pour la negative, & pour soutenir que le frere uterin ne fait pas d'obstacle. Le pere dit, que quand l'article 314. de la Coutume a limité cettte succession en ces termes, *au cas toutefois que les descendans decedent sans enfans & descendans d'eux*, il n'a pas entendu, par ces derniers mots, les enfans des pere & mere; mais du fils seulement. Que si les Arrests ont jugé, que le fils devoit estre mort sans freres & sœurs, ç'a esté en consequence de la disposition de l'art. 230. qui s'exprime autrement, & dit, *en cas qu'il n'y ait aucuns descendans de l'acquereur*: en sorte que dans la Coutume d'Orleans, dont l'article 316. est semblable à l'art. 314. on juge que les freres & sœurs n'empeschent point cette succession par usufruit; parce qu'il n'y a point dans cette Coutume de disposition semblable à nôtre article 230. Ainsi dans la Coutume de Paris il faut s'attacher aux termes & à l'esprit de l'article 238. & de l'article 314. lesquels voulant preferer les freres aux peres, ont entendu parler des freres qui sont nez du mariage, pendant lequel les conquests ont esté faits, n'y ayant aucune apparence qu'ils se doivent entendre des freres & sœurs d'un autre lit, qui ne sont point nez pendant la collaboration; & en ce sens ils sont en quelque façon étrangers à l'égard des conquests.

En second lieu, cette succession étant une suite du droit de communauté, & étant fondée sur la faveur du travail commun, il semble qu'elle doive estre égale pour le mary & la femme, comme il est établi à l'égard du don mutuel, qui a le même fondement: Or dans l'espece particuliere si le pere étoit predecedé, la mere auroit succedé à la fille du second lit pour l'usufruit de la moitié des conquests: c'est pourquoy il semble assez juste, que la mere étant predecedée, le pere succede par usufruit au quart des conquests, qui se trouvent dans la succession de sa fille, en quoy sa condition sera encore moins avantageuse, que celle de la mere, si elle eust survécu.

11. Resolution pour l'affirmative. Nonobstant ces raisons, j'estime qu'en ce cas particulier le pere n'a point l'usufruit, parce qu'il suffit pour l'en exclure qu'il reste un enfant de la mere, lequel soit heritier de ses conquests. En effet chacun des conjoints acquerant pour luy & ses enfans, & étant établi que les enfans du premier lit, ont part aux conquests d'une seconde communauté, comme ceux du second aux conquests de la premiere, l'usufruit du survivant est également empesché par tous les enfans du predecedé, soit d'un même, ou d'un autre mariage, le frere uterin étant toûjours preferable pour les conquests de la mere, à l'égard desquels il est de la ligne & est descendu de celle qui a acquis la premiere: ensorte que cette part dont il herite de son frere est propre ancien en sa personne, comme ayant déja souché en celle du deffunt. Aussi l'article 230. de la Coutume de Paris limite l'usufruit des conquests en ces termes, *au cas qu'il n'y ait aucuns descendans de l'acquereur*: Or dans cette espece le fils du premier mariage ne descend pas moins de celle qui a acquis, que celuy du second, & n'est étranger qu'à l'égard de la part du pere.

12. *Quid* du fils du premier lit du survivant. Par les mêmes raisons le fils d'un premier lit du survivant ne luy fera pas obstacle pour cet usufruit: parce qu'il n'est pas du côté & ligne du predecedé, & est étranger au fils, *de cujus bonis agitur*, à l'égard de cette partie des conquests, qui se trouve en sa succession.

13. Qu'un frere uterin peut entierement priver le pere de cet usufruit. Sur le fondement de nôtre décision principale, un pere peut estre entierement privé de cet usufruit par un frere uterin de ses enfans, qui leur aura survécu à tous, quoy qu'il decede même avant le pere, lequel n'étant point son heritier, ne pourra profiter de cet usufruit.

14. Arrests sur la question des nomb. 9. & suivans. Enfin, il y a un Arrest de la Grand'Chambre, qui a decidé nôtre question principale en faveur de l'enfant d'un precedent lit, au procés d'entre Damoiselle Marie de Tavannes & Denys de Beauclerc, qui est du 24. Mars 1592. plus, un du 1. Avril 1596. rapporté par Bacquet en son Traité du Droit de Justice, chap. 21. nomb. 21. sur la fin.

15. Que les neveux font obstacle à cet usufruit à Paris. Les neveux empeschent aussi cet usufruit dans la Coutume de Paris, parce qu'ils sont descendus de l'acquereur, & ainsi ils sont dans le cas de l'exception portée pat l'art. 230.

16. Si le pere est obligé de donner caution pour cet usufruit. Quelques-uns ont voulu établir une autre condition, & ont pretendu, que le pere étoit obligé de donner caution pour joüir de cet usufruit. Ils se sont fondez sur la maxime generale, que tout usufruitier est obligé de donner caution, soit que l'usufruit soit des meubles; ou d'immeubles; d'argent; ou de choses qui se consomment par l'usage, selon la Loy 13. *ff. de usufr.* La Loy 2. & la Loy 7. *ff. usufr. earum rerum*; en sorte qu'il est dit en la Loy 1. *C. de usufr.* que le testateur ne peut pas remettre la caution à l'usufruitier, & en matiere de don mutuel le donataire ne gagne les fruits que du jour qu'il a donné caution: cependant, selon l'usage, le pere n'y est point obligé; ce qui est fondé sur deux raisons, la premiere, que cecy est un droit de succession & non une donation, ni un émolument, qui vienne de la liberalité d'autrui: & ce qui est de plus important, c'est une espece de reversion des conquests, pour laquelle il seroit injuste de faire donner caution au pere qui les a faits, au travail & à l'œconomie duquel ils sont dûs. Et ce qui montre que c'est un droit de succession, c'est la disposition de l'article 230. de la Coutume de Paris, qui dit, en parlant des conquests, *desquels biens toutefois les pere & mere, ayeul ou ayeule succedans à leurs enfans, joüiront par usufruit leur vie durant*: & par ces termes, *succedans à leurs enfans*, la Coutume marque, que cet usufruit est joint à la succession, ou plûtost que c'est un droit de succession: La seconde, que cela est même fondé en disposition de droit, selon lequel le pere ne donnoit point de caution pour son usufruit. *L. 1. C. de bon. matern.*

17. Que le pere doit estre heritier pour avoir cet usufruit. La troisiéme condition est donc, que le pere soit heritier de son fils: quoique quelques-uns ayent soutenu, que cet usufruit étoit donné au pere par un droit singulier, lequel il pouvoit accepter en renonçant d'ailleurs à la succession de son fils, & que par ce moyen il n'étoit point tenu des dettes: ce qui est directement contraire aux termes de l'article 230. qui viennent d'être rapportez, & à l'article 334. qui ordonne le partage de dettes à proportion de l'émolument. A quoy il faut ajoûter, que ce droit est moins favorable que le droit de reversion, qui n'est point donné aux ascendans, quand ils renoncent à la succession; Aussi on allegue dans le Palais un Arrest de la Grand'Chambre donné au rapport de Monsieur le Nain, qui a debouté de cet usufruit l'ascendant, lequel avoit renoncé à la succession de son fils. Et c'est ce qui donne lieu à ce ce que nous avons dit, qu'un frere uterin empeschant l'usufruit du pere, comme étant descendu de l'acquereur, s'il arrive qu'il succede à tous les enfans du second lit & decede ensuite, le second mary ne recouvrera, & en ce cas là même, aucun usufruit: parce qu'il ne peut jamais pré-

tendre cet usufruit qu'à titre d'heritier, & qu'il ne l'est pas du fils de sa femme.

18. Que ce droit n'a pas lieu dans les Coutumes qui n'en parlent point.

La quatriéme condition est, que ce droit soit établi par la Coutume; autrement il n'a point lieu, parcequ'il est exorbitant, les conquests étant des propres naissans en la personne du premier heritier, qui suivent, aprés son decés, le côté & ligne de l'acquereur, sans que le conjoint survivant y puisse pretendre aucun droit. Et pour montrer encore que cet usufruit est un droit particulier & exorbitant, c'est qu'au lieu d'y faire succeder le pere à mesure qu'il luy meurt des enfans, les articles 230. & 314. ne l'appellent à cet usufruit qu'aprés la mort du dernier des enfans: ce qui fait croire que l'on n'a pas seulement consideré dans cet établissement le travail commun; mais la douleur du pere qui survit à sa famille: Or un droit exorbitant ne doit point s'étendre aux Coutumes qui n'en parlent pas. C'est aussi le sentiment de Palu sur la Coutume de Tours: Quoique le Grand, sur l'article 104. de celle de Troyes nomb. 19. sur la fin, estime que ce droit merite d'être suppléé; mais jusqu'à present l'on n'en a vû aucun prejugé. ☞ Au contraire Maître Jul. Brodeau sur la lettre P. de Monsieur Loüet n. 28. Art. 4. rapporte deux Arrests, l'un du 17. Mars 1598. l'autre du 6. Mars 1610. qui ont jugé que cet usufruit des propres naissans, n'avoit point lieu dans les Coutumes de Tours & de Montfort.]

19. Que ce droit d'usufruit a lieu en quelque degré que se trouve le conquest du pere.

Ce droit a lieu au profit du conjoint qui a acquis durant sa communauté, soit que le conquest se trouve en celle de son petit-fils, soit qu'il se trouve en la succession de son fils, & en quelque degré de succession que ce puisse estre, pourvû que ce conjoint survivant, n'ait point d'autres descendans du même mariage: car l'art. 230. de la Coutume de Paris donne ce droit aux pere & mere, ayeul & ayeule, & dés-lors qu'il est entré dans cette équité de donner cet usufruit, *in solatium liberorum amissorum*, & en faveur du travail commun, il faut prendre les cas qu'il a proposez pour des exemples, & étendre sa disposition dans le ressort de la Coutume à toutes les especes, aussi favorables que celles qu'elle a proposées: Or si un pere ayant fait un conquest, son fils herite de la moitié appartenant à la mere, puis son petit-fils, & son arriere-petit-fils, lequel vienne à deceder sans enfans, en ce cas, extraordinaire neanmoins, la succession par usufruit est aussi favorable, que si le conquest se trouvoit dans la succession d'un fils: car un pere qui voit ainsi perir toute sa posterité, merite d'autant plus cette consolation, que la douleur est plus grande, quand il y a plus de personnes à regretter, & par consequent plus d'esperances perduës.

20. Que ce droit n'a lieu qu'au profit de l'ascendant acquereur.

Il faut prendre garde à ce que nous disons, que cet usufruit a lieu au profit de l'ascendant acquereur; & non d'autre: car si la mere a acquis pendant sa communauté, & si étant decedée avant le fils, il se trouve lors du decés du fils un ayeul maternel, celui-cy n'aura pas cet usufruit; mais bien la pleine proprieté donnée à l'ayeul par l'art. 315. de la Coutume de Paris.

21. Si le pere contribuë aux dettes pour cet usufruit, & comment se fait la contribution.

Il faut considerer à present les suites & les consequences de cet usufruit, & examiner principalement si le pere contribuë aux dettes de son fils à raison de cet usufruit, & supposé que cela soit ainsi, comment se fait la contribution. Et j'estime premierement, que le pere contribuë aux dettes à raison de cet usufruit, aussi-bien que pour les meubles & acquests, & c'est l'avis de Monsieur d'Argentré sur l'art. 219. de la Coutume de Bretagne, gl. 7. nomb. 19.* Mais il reste encore aprés cela d'estimer ce que le proprietaire & l'usufruitier des mêmes biens, seront tenus de contribuer, chacun en leur particulier: car on ne peut pas prendre une portion dans chaque espece de biens, & pour faire les choses dans la grande regularité, il faudroit, ou que l'usufruitier avançât ce qui est dû par luy & le proprietaire, pour estre fait le recouvrement du sort principal par ses heritiers aprés l'usufruit fini, comme il est dit à l'égard du donataire mutuel en l'art. 286. de la Coutume de Paris: ou si l'on ne vouloit pas obliger l'usufruitier, pour une joüissance momentanée, à faire cette avance, il faudroit y obliger le proprietaire, auquel l'usufruitier seroit tenu de payer chaque année l'interest de la somme. Mais quelques-uns estiment, qu'aprés que l'on a reglé ce qui est dû par le proprietaire & l'usufruitier des mêmes biens, pour regaler cette somme entr'eux, & leur en faire porter chacun leur part, il faut que l'usufruitier en paye le tiers, & le proprietaire les deux autres tiers, & citent une Ordonance du Roy Charles VII. de l'an 1441. article 27. qui porte, que *quand le proprietaire & l'usufruitier veulent racheter une rente qui est sur leur maison, l'usufruitier doit payer le tiers du rachat, & le proprietaire les deux tiers.* Enfin, d'autres croyent, qu'il faut estimer l'usufruit selon l'âge du pere, & le faire contribuer à proportion.

* Voyez les Additions.

22. Divers expediens pour cette contribution.

23. Opinion de l'Auteur.

Pour moy, j'estime qu'il faut déja rejetter la premiere opinion, n'étant pas juste d'obliger l'usufruitier à l'avance du total de ce qui est dû par luy & le proprietaire, parce que sa joüissance n'est que momentanée; non plus que d'y obliger le proprietaire, parce que sa joüissance est differée: Mais chacun y doit contribuer sur le champ à proportion de son émolument, qu'il est plus équitable d'arbitrer, que d'estimer l'usufruit au tiers de la proprieté, & de partager de même les charges entre l'usufruitier & le proprietaire; parce que toute sorte d'usufruit n'est pas à comparer au tiers de la proprieté. Or il y a pour cela deux pratiques differentes. La premiere est celle qui est prescrite par la Loy *Computatio 68. ff. ad l. falcid.* à l'effet de trouver la part dont celuy à qui on a legué des alimens, doit contribuer à la falcidie, où il est dit, que si le legataire d'alimens est depuis le premier âge jusqu'à vingt ans, l'on estimera son legs à trente années d'alimens, depuis vingt jusqu'à vingt-cinq, on luy comptera son legs pour vingt-huit années. Surquoy la glose dit, que l'on ne suit point cette supputation en matiere d'usufruit; mais que depuis le premier âge jusqu'à trente ans on doit estimer l'usufruit, comme s'il devoit durer trente années.

La seconde pratique qui est nôtre dernier usage, c'est que quand l'usufruitier est au dessous de l'âge de trente ans, l'on estime l'usufruit à la moitié de la valeur de la chose dont il a l'usufruit: Que s'il a depuis trente ans jusqu'à soixante ans, on l'estime au quart. Et c'est, à mon avis, le meilleur expedient, quand l'usufruit n'est pas de tous les biens de la succession, comme en l'espece particuliere; mais si l'usufruit est universellement de tous les biens, on ne peut manquer en vendant des biens pour payer les dettes; ce qui égale toûjours l'usufruitier & le proprietaire dans la contribution des dettes.

24. Que ce droit d'usufruit n'empe-

Enfin, l'on a demandé si ce droit d'usufruit qui est dû au pere, empesche les enfans de pouvoir disposer? Et comme c'est un veritable droit

de

pêche pas les enfans de disposer. de succession, il faut conclure qu'il ne fait point obstacle à la disposition, & que le pere n'a cet usufruit, qu'en cas que les conquests, devenus propres naissans en la personne des enfans, se trouvent dans leur succession. De plus, les collateraux du costé & ligne du predecedé, à qui la proprieté de ces conquests appartient durant l'usufruit du pere, & qui en ont herité au moment du decés du fils, peuvent aussi affecter & hypotequer, vendre & aliener ces propres, sous la reserve de l'usufruit du pere ou de l'ayeul, quand c'est l'ayeul qui a fait les conquests.

SECTION IV.

De la succession des ascendans aux propres, dont ils se trouvent les plus proches heritiers.

SOMMAIRE.

1. *Divers exemples où l'ascendant succede aux propres de sa ligne.*
2. *Autorité de du Molin.*
3. *Si celuy qui a épousé sa cousine succedant à son fils, est preferé dans les propres maternels.*
4. *Si le pere ayant renoncé à l'acquest de son fils, le peut reprendre dans la succession d'un autre fils, quoique devenu propre naissant au préjudice des freres.*

1. Divers exemples où l'ascendant succede aux propres de sa ligne. LA quatriéme maniere de succeder pour les ascendans est, qu'ils succedent aux propres mêmes, quand ils sont de leur ligne : comme si un ayeul a donné en mariage ou autrement un immeuble à son petit-fils : car le pere du donataire est capable en ce cas de succeder à cet immeuble, quoique la donation en ligne directe en ait fait un propre. De même si un grand oncle donne à son petit neveu, le pere sera encore preferé à tous les collateraux dans l'immeuble ainsi donné par son oncle à son fils : parce qu'en l'un & l'autre cas le pere est le plus proche de la ligne. Enfin ce qui arrive encore lorsqu'il s'est fait un mariage entre parens. Et c'est ce qui a esté jugé par l'Arrest du 5. Janvier 1630. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre P. de Monsieur Loüet, nomb. 47. Arr. 1. & par un autre du mois d'Avril 1676. rapporté dans le Journal des Audiences.

2. Autorité de du Molin. Ainsi la regle que *propres ne remontent point*, n'a pas lieu, lorsque le pere est luy-même le plus proche de la ligne, selon du Molin sur l'article 100. de la Coutume de Montfort : parce qu'elle n'est faite que pour empêcher que les propres ne fourchent dans une autre ligne, *ne labantur in diversam lineam*, comme dit le même sur l'art. 107. de la Coutume d'Artois.

3. Si celuy qui a épousé sa cousine succedant à son fils, est preferé dans les propres maternels. ☞ Il s'est presenté au Palais une espece qui dépend de cette matiere. Un particulier, ayant épousé sa cousine germaine eut d'elle un enfant, la mere deceda laissant des propres : le fils, qui luy avoit succedé, deceda aussi peu aprés, & dans sa succession, il y eut contestation pour les propres maternels, que le pere pretendoit seul, & qui luy estoient contestez en partie pas ses freres & sœurs, oncles & tantes de celuy *de cujus bonis*.

RAISONS DES ONCLES.

Les oncles disoient qu'ils estoient également de la ligne de ces propres, qu'ils estoient aussi bien que le pere, cousins germains de la mere, par la mort de laquelle, ces propres estoient échus à celuy *de cujus bonis*, que, si leur cousine avoit épousé tout autre que leur Frere, le même cas arrivant, il n'y auroit pas de difficulté, qu'ils auroient partagé tous ensemble ces mêmes propres, que le mariage de leur frere avec leur cousine ne les devoit pas priver de ce droit, que c'est un droit de famille qui ne leur peut pas estre osté par la faute d'autruy ; que l'on a coutume de donner la preference à ceux qui sont des descendans de celuy qui a acquis & qui a mis le premier l'heritage dans la famille, par consequent qu'estant des descendans du premier acquereur, aussi bien que leur frere, & en pareil degré, par rapport à ce premier acquereur, ils devoient venir en concurrence : que le mariage de leur frere estoit le principe d'un degré, mais n'estoit pas un degré pour leur frere même : qu'il estoit toûjours, comme eux, cousin & le mary de sa femme, neveu du pere de sa femme, petit-fils de l'ayeul commun. Que s'il avoit voulu resserrer les nœuds de la parentelle, qui se relâchoient trop selon son avis, & s'il avoit voulu confondre le nom de sa cousine germaine dans celuy de sa femme, cela ne rompoit pas leurs degrez, & ne pouvoit empescher qu'ils ne descendent tous en égal degré du premier acquereur. L'on peut dire aussi que la qualité de pere ne fait point en ce cas, que le pere soit censé estre dans le premier degré pour les propres paternels : ce qui se verifie en cette espece, où l'on suppose que le fils est decedé laissant des freres : car personne ne doutera qu'en ce cas les autres enfans, freres du decedé, ne soient preferables au pere, ce qui marque qu'il n'est pas le premier de la ligne maternelle du fils. Que si les collateraux luy sont preferez, pourquoy ceux qui viennent en ligne superieure, & qui sont les freres & sœurs, ne viendroient-ils pas en concurrence avec luy : car s'il pretend venir comme pere, il ne luy appartient que les meubles & acquests, si comme de la ligne, il vient en concurrence avec les freres.

RAISONS POUR LE PERE.

Comme le pere n'est pas exclus des propres maternels sous pretexte de sa qualité de pere, dautant qu'il est de la ligne, suivant les Notes de Maistre Charles du Molin sur l'art. 107. de la Coutume d'Artois ; & sur plusieurs autres Coutumes, il pretend venir à ces propres preferablement à tous autres : parce qu'estant pere & de la ligne maternelle, il est toûjours le plus proche de la ligne maternelle ; sa femme qui est le principe de la ligne estant decedée : en effet comment peut-on s'imaginer que quelqu'un precede le pere en ce cas ; que si le fils ayant laissé des freres & sœurs, ceux-ci seroient preferez au pere, c'est parce qu'ils sont descendans de la mere,

aussi-bien que de celuy qui a mis le premier les biens dans la famille, & tous les enfans ne sont qu'un au respect du pere, & luy doivent estre également preferez, ils sont tous une portion de la mere, ainsi ils excluent perpetuellement leur pere; mais aprés eux & leurs descendans, il n'y a point en ce cas de personne qu'on se puisse imaginer aussi proche que le pere, c'est luy qui a donné la vie & qui a donné lieu indirectement à la succession. Les deux lignes sont confonduës par un mariage de cette sorte, & par consequent le pere doit estre preferé aux oncles dans les propres, puisqu'ils tiennent lieu de meubles & acquests par le moyen de la confusion des deux lignes. Ils conservent pourtant la qualité de propres contre le pere, & en faveur des freres & sœurs, parce que la succession du pere n'estant pas naturelle ni favorable, l'effet de la confusion cesse à son égard, quand il y a des freres & sœurs; mais il se rétablit quand il n'y a point de freres, & que le pere vient en concurrence avec des oncles, qui sont bien moins favorables que les cousins. Cette question a esté ainsi jugée pour la Coutume de Montfort, par l'Arrest rendu au mois d'Avril 1676. qui vient d'estre cité, & qui est rapporté dans le troisiéme Tome du Journal des Audiences liv. 10. chap. 5. La seule difference est que dans l'espece de cet Arrest le pere ne venoit pas avec ses freres; mais avec ses cousins germains, & cette difference n'est pas considerable; puisqu'il venoit toûjours, comme en l'espece dont il s'agit, avec ceux qui sans son mariage auroient esté en pareil degré que luy. Pour dire mon avis, toute la difficulté de cette question consiste à établir une difference entre l'espece de la concurrence des collateraux en ligne superieure, & l'espece de la concurrence des collateraux en ligne égale, & à expliquer pourquoy le pere est exclus en ce cas par ses autres enfans freres du deffunt; & qu'il ne vient pas en concurence avec ses propres freres & sœurs, pourquoy ses autres enfans le reduisent aux meubles & acquests dans la succession de leur frere; & que cependant il exclut ses freres & sœurs de la succession des propres, & la raison, à mon avis, est que la qualité de pere est bien plus considerable, quand il n'a affaire qu'à des oncles du deffunt; que quand il a pour concurrens les freres du deffunt, qui sont ses autres enfans. Il est à l'égard des oncles dans le premier degré de la ligne directe ascendante; & eux ne sont que dans le second degré de la ligne collaterale; mais à l'égard des freres & sœurs du deffunt, s'il est aussi dans le premier degré de la ligne ascendante; ils sont eux dans le premier degré de la ligne collaterale. Le mariage qui resserre les nœuds de la famille, approche le pere sans approcher les oncles; mais il a produit les freres & sœurs du deffunt, à l'égard desquels le pere demeure dans la disposition du Droit commun, & par consequent reduit à la succession des meubles & acquests: &, comme il vient d'estre dit, tous les enfans ensemble ne sont qu'un à l'égard du pere, qui par consequent ne peut aspirer qu'aprés eux aux propres maternels. Par les mêmes raisons il faut dire que s'il y a des parens maternels plus proches que le pere, ils en sont exclus, quoique cela soit contre l'avis de du Molin sur l'art. 107. de la Coutume d'Artois, où il demande què *sint proximiores.* Que si la Question se presente dans les Coutumes d'Anjou & du Maine, où la representation a lieu à l'infini, même en ligne collaterale, il faudra distinguer. Car si les representans sont à la place d'un frere de celuy *de cujus bonis*, ils excluront l'ascendant qui survit: parce que, comme s'il estoit un frere, il seroit preferé à cet ascendant, à cause que tous les freres n'estoient qu'un, au respect de l'ascendant; aussi les representans un frere doivent exclure le même ascendant; mais il n'en est pas de même quand les representans sont au lieu d'un oncle.

4\. Si le pere ayant renoncé à l'acquest de son fils, le peut reprédre dans la succession d'un autre fils, quoique devenu propre naissant, au préjudice des freres.

Il y a une autre espece où le pere est preferé aux freres mêmes dans les propres naissans: car si un des fils a fait des acquests ou conquests, & que le pere renonçant à la succession mobiliaire; elle soit dévoluë à ses freres & sœurs, qui sont les autres enfans du renonçant, & que l'un d'eux vienne à deceder, le pere pourra heriter de la part de ces acquests devenus propres naissans: parce que sa renonciation ne luy pouvant nuire, comme estant à une autre succession, *l. 17. §. heres ff. de acquir. vel omitt. her.* il est le premier de la ligne du dernier mort, & par cette succession ces biens ne passent point en une autre ligne, comme il arriveroit, si le pere succedoit aux biens maternels: ces biens sont biens indifferens, parce qu'ils ne sont ni paternels ni maternels: ainsi le pere y succedera comme à des biens qu'un étranger auroit donné au deffunt. La qualité de propre naissant ne fait point obstacle à nostre décision, puisqu'elle ne s'applique icy qu'improprement, dautant que l'immeuble n'est d'aucune ligne, & que si la mere survivoit, & si elle avoit renoncé avec le pere, elle succederoit également avec luy en ce cas particulier. En un mot, la regle *propre heritage ne remonte*, n'estant faite précisément que pour empescher la transposition des propres d'une ligne à l'autre, dés qu'un immeuble n'est point de ligne, & qu'il est indifferent, le pere & la mere, même les ayeuls, doivent estre preferez; d'ailleurs le pere n'est pas toûjours exclus du propre naissant; puisqu'il y succede dans le cas de l'art. 315. de la Coutume de Paris; comme il sera expliqué dans la Section 7. qui a cela de particulier avec nostre espece, que l'immeuble acquis par le fils, & dévolu au petit-fils, n'est pas plus d'une ligne que de l'autre: ce qui fait qu'on y appelle l'ayeul.

Il faudroit dire à plus forte raison que si dans l'espece il n'y avoit que deux enfans, l'acquereur & celuy qui a succedé, aprés la mort de celuy-ci le pere sera preferé à toute sorte de collateraux, à ceux de son costé, & à ceux du costé de sa femme.]

SECTION V.

De la succession des ascendans aux propres de la ligne, dont il n'y a point d'heritiers.

SOMMAIRE.

1\. *Raison de cette succession, & Arrests qui l'autorisent.*

2\. *Celuy qui a épousé une bâtarde, succede aux propres naissans de son fils unique.*

3. Quid *si quelqu'un a laissé des propres maternels, & pour heritiers un ayeul paternel & un frere consanguin.*

4. *Coutumes où en ce cas les freres concourent avec les ascendans. Autres où le Seigneur est appellé.*

1. Raison de cette succession & Arrests qui l'autorisent.

La cinquiéme maniere de succeder pour les ascendans est, lorsqu'ils succedent aux propres au deffaut d'heritiers de la ligne : car comme il se fait en ce cas un retour au droit commun, & que le plus proche succede, le pere étant le plus proche & le plus favorable, il est preferé à tous les collateraux, qui ne sont point du costé & ligne. Il y en a divers Arrests rapportez par Monthelon, Arrest 118. par Bouguier tit. 12. nomb. 3. & par Maistre Julien Brodeau, lettre P. de Monsieur Loüet, nombre 47. & c'est ainsi que l'on explique l'art. 330. de la Coutume de Paris, qui au deffaut d'heritiers d'une ligne, appelle les heritiers de l'autre ligne, car cette disposition n'a lieu que supposé que le deffunt n'ait point laissé de pere ni de mere, c'est aussi une des regles des Instit. de Maistre Antoine Loysel, liv. 2. tit. 5. art. 25.

2. Celuy qui a épousé une bâtarde, succede aux propres naissans de son fils unique.

D'où vient que dans toutes les Coutumes, & même dans celle d'Auvergne, où l'art. 2. du tit. des successions, dit en general, que *les ascendans ne succedent point aux descendans*, (ce qui s'entend quant aux propres, comme il est expliqué par l'art. suivant,) si quelqu'un a épousé une bâtarde, & en a eu un enfant, qui decede sans enfans, il succedera aux immeubles, dont cet enfant aura herité de sa mere, parce qu'il n'y a point d'autres parens.

Que si quelqu'un laisse en mourant des propres maternels, & qu'il ait pour heritiers d'un costé un ayeul paternel, & de l'autre un frere consanguin, mais pas un heritier du costé maternel, l'on demande qui sera preferé dans ces propres maternels de l'ayeul paternel, ou du frere consanguin? Et il est sans difficulté, que l'ayeul sera preferé, comme il le seroit dans les meubles & acquests : ce qui se donne à la consolation des ascendans. 3. Quid si quelqu'un laisse des propres maternels, & pour heritiers un ayeul paternel & un frere consanguin.

Il faut excepter de ce qui vient d'estre dit, de la preference des ascendans dans les propres de la ligne, dont il n'y a aucuns heritiers, les Coutumes où les ascendans concourent avec les freres & sœurs dans les meubles & acquests, & celles qui appellent precisément le Segneur Haut-Justicier au deffaut de lignagers, comme la Coutume de Bourbonnois, art. 328. & celle du Maine art. 286. 4. Coutumes où en ce cas les freres concourent avec les ascendans. Autres où le Seigneur est appellé.

Enfin dans la Coutume d'Orleans l'ayeul paternel n'aura que le simple usufruit des ces propres maternels, comme il l'auroit des acquests, suivant l'art. 313. de cette Coutume.

SECTION VI.

De la succession des ascendans aux propres de leur ligne, qui ont esté retraits par leurs descendans.

Le sixiéme cas de la succession des ascendans est, que si le fils a retiré par retrait lignager un propre du costé paternel, & qu'il vienne à deceder sans enfans, le pere est preferé dans la succession de ce propre, parce qu'il est le plus proche de la ligne paternelle.

SECTION VII.

De la succession de l'ayeul en vertu de l'art 315. de la Coutume de Paris, au propre naissant du petit-fils.

SOMMAIRE.

1. *Raisons de l'art. 315. de la Coutume de Paris, qui appelle l'ayeul à la succession du propre naissant de son petit-fils.*
2. *Si les neveux du petit-fils peuvent estre preferez à l'ayeul, comme le sont les freres & sœurs.*
3. *Objection & réponse.*
4. *Si dans les acquests faits par le fils avant son mariage, l'ayeul maternel succedera au petit-fils avec l'ayeul paternel.*
5. *Raisons pour l'ayeul maternel, que l'art. 315. est indéfini, & qu'il n'a pas moins besoin de consolation que l'ayeul paternel.*
6. *Que dans l'opinion contraire on suppose l'heritage propre avant qu'il soit acquis.*
7. *Que l'ayeul peut disposer de ce propre naissant comme d'un acquest.*
8. *Réponse à l'objection, que la mere n'auroit pas eu l'usufruit de ce propre naissant, si elle eût survécu.*
9. *Raisons pour l'ayeul paternel, que le maternel est étranger à l'égard de ce propre.*
10. *Autre raison tirée, de ce que la mere, si elle eût survécu, eût esté excluse.*
11. *Que les termes de l'article 315. ne se verifient point en ce cas, à l'égard de l'ayeul maternel.*
12. *Que la raison & le motif de cet article ne luy conviennent pas non plus.*
13. *Qu'on ne laisse pas de considerer la ligne pour la succession des propres naissans.*
14. *Arrest pour la question principale.*
15. *Si dans le cas de l'article 315. les freres de l'acquereur doivent estre preferez à l'ayeul.*
16. Quid *si l'heritage acquis par le fils, se trouve en la succession du petit-fils, qui en a herité de son frere.*
17. Quid *s'il se trouve en la succession de l'arriere petit-fils.*
18. *Diverses decisions sur cet article 315.*

1. Raisons de l'article 315. de la Coutume de Paris, qui appelle l'ayeul à la succession du propre naissant de son petit fils.

LE septiéme cas de la succession des ascendans est, lorsqu'en vertu de l'article 315. de la Coutume de Paris, l'ayeul succede aux acquests de son fils, qui se trouvent dans la succession de son petit-fils decedé sans enfans & sans freres ni sœurs : laquelle succession s'accorde à l'ayeul *in solatium liberorum amissorum*, & parce qu'alors les choses sont à peu prés en l'état qu'elles auroient esté, si le fils estoit decedé sans enfans, auquel cas il auroit succedé en pleine proprieté aux acquests de son fils. Mais l'on prefere les freres & sœurs du petit-fils, non pas qu'ils soient plus proches que l'ayeul ; mais parce qu'ils sont descendus de l'acquereur.

2. Si les neveux du petit-fils peuvent être preferez à l'ayeul, comme le sont les freres & sœurs.

Il semble que la même raison devroit faire preferer les neveux du petit-fils : car ils sont descendus de l'acquereur; mais l'art. 315. de la Coutume de Paris n'en parle point, & cette Coutume n'use pas en cet endroit du mot de *descendans de l'acquereur*, comme elle fait en l'article 230. mais elle ne parle que des freres & sœurs : ainsi regulierement il s'en faut tenir à ce degré, quelque favorable que soient les neveux, & conclure qu'ils n'excluent point l'ayeul, & n'empêchent point qu'il n'herite des acquests de son fils, devenus propres naissans en la personne de son petit-fils, decedé sans freres & sœurs.

3. Objectiō & réponse.

L'on insistera peut-estre en disant, que cette décision détruit la maxime la plus uniforme de la matiere des propres, que les descendans de l'acquereur y sont toûjours preferez, mais la réponse est, que la Coutume a voulu accorder ce privilege particulier aux ascendans, lesquels elle n'a voulu estre exclus que par les enfans de l'acquereur, freres & sœurs de celuy *de cujus bonis agitur*.

4. Si dans les acquests faits par le fils avant son mariage, l'ayeul maternel succedera au petit-fils avec l'ayeul paternel.

L'on a formé une seconde question assez importante sur cet article 315. sçavoir si un fils ayant acquis un heritage avant son mariage, venant ensuite à se marier, & ayant un fils de ce mariage, qui apres avoir succedé à cet heritage, decede sans enfans, sans pere & mere, & sans freres ni sœurs, l'ayeul maternel peut prétendre quelque part en cet heritage, ou s'il appartient tout entier à l'ayeul paternel ?

Raisons pour l'ayeul maternel.

5. Raisons pour l'ayeul maternel, que l'art. 315. est indefini, & qu'il n'a pas moins besoin de consolation que l'ayeul paternel.

On peut dire pour l'ayeul maternel, que l'article 315. de la Coutume de Paris, appelle indistinctement l'ayeul à la succession des propres naissans de son petit-fils, & le prefere à tous les collatereaux, à l'exception des freres, parce qu'il luy donne cette succession *in solatium liberorum amissorum :* Or l'ayeul maternel n'a pas moins besoin de consolation, que le paternel, pour avoir vû deux fois ses esperances trompées, premierement en la personne de sa fille, & puis en la personne de son petit-fils.

6. Que dās l'opinion contraire on suppose l'heritage propre avant qu'il soit acquis.

En second lieu, si l'on avoit égard au costé & ligne pour preferer l'ayeul paternel de la ligne, ce seroit, (pour user d'un vieux terme de nos premiers Praticiens,) faire remonter l'heritage *contremont*, & le supposer propre, avant qu'il fût acquis : Or c'est une maxime en matieres de propres, qu'on ne les fait point remonter audelà de leur source: ainsi un défunt ayant laissé, par exemple, une grande tante, qui sera au cinquiéme degré à son égard, & qui estoit tante de l'acquereur ; & d'autre part un cousin au cinquiéme degré, le cousin sera preferé à la tante, parce qu'elle est audessus de l'acquereur, audelà duquel l'on ne remonte point. C'est pourquoy il semble que l'ayeul ne peut jamais estre heritier d'un propre naissant, si ce propre naissant se regarde comme propre : puisqu'il est audessus de l'acquereur. Il est vray, qu'il y a des cas où les propres remontent en directe hors la reversion même; mais ce n'est point au delà de l'acquereur. Par exemple, si l'ayeul a donné au petit-fils, & soit decedé, & que le petit-fils vienne ensuite à deceder, le pere succede : & en cela le propre ne rémonte point audelà de la source.

7. Que l'ayeul peut disposer de ce propre naissant cōme d'un acquest.

En troisiéme lieu, ce qui justifie que l'ayeul succede à ce propre naissant comme à un acquest, c'est qu'il peut disposer de tout, & n'est point tenu de reserver les quatre quints. Aussi Maistre Claude Guerin rendant la raison de l'art. 315. de la Coutume de Paris, dit, *quia hæc bona propria sunt nascentia ; non avita quæ ad avum & aviam pertinent, qui propinquant magis quam cæteri collaterales, fratribus sororibusque exceptis.*

8. Réponse à l'objectiō que la mere n'auroit pas eu l'usufruit de ce propre naissant, si elle eût survécu.

Enfin, si ceux qui soûtiennent l'opinion contraire alleguent, que la mere n'auroit pas eu même l'usufruit des acquests de son mary, si elle avoit survécu son fils : parce que l'on a jugé que l'art. 314. de la Coutume de Paris ne s'appliquoit pas aux acquests faits avant le mariage ; mais aux conquests seulement, & qu'ainsi l'ayeul maternel ne devoit pas partager la proprieté d'un bien, dont la mere auroit esté entierement excluse même pour l'usufruit : On répond pour l'ayeul maternel, que ce qui a esté jugé en interpretation de l'art. 314. de la Coutume de Paris, l'a esté sur ce que la succession de l'usufruit des conquests a pour cause la faveur du travail commun, & est une imitation du don mutuel, n'ayant lieu qu'en cas qu'il n'y ait point d'enfans, & pour ce qui a esté acquis pendant le mariage ; mais il n'en est pas de même de la succession de l'ayeul aux propres naissans. Voilà ce qui se peut dire sur cette question en faveur de l'ayeul maternel.

Raisons pour l'ayeul paternel

9. Raisons pour l'ayeul paternel, que le maternel est étranger à l'égard de ce propre.

Au contraire, l'ayeul paternel dit, que l'ayeul maternel est entierement étranger ; puisque l'heritage a esté acquis avant le mariage de sa fille, auquel temps il n'estoit point de la famille. Que si le fils fût mort sans enfans, jamais ni la femme, ni ses proches n'auroient pû prétendre aucun droit sur cet heritage.

10. Autre raison tirée de ce que la mere, si elle eût survécu, eût esté excluse.

En second lieu, de quelque maniere que l'on prenne la chose, il y a toûjours de l'inconvenient de dire, que l'ayeul maternel ait part en pleine proprieté à un heritage, duquel sa fille, si elle eût survécu, eût esté entierement excluse.

11. Que les termes de l'art. 315. ne se verifient point en ce cas, à l'égard de l'ayeul maternel.

En troisiéme lieu, il est seul appellé par l'art. 315. de la Coutume de Paris, qui commence par ces termes, *si le fils fait l'acquisition :* Or il est vray de dire que son fils a acquis ; & non pas la fille de l'ayeul maternel, puisque l'acquisition a esté faite avant son mariage.

12. Que la raison & le motif de cet article ne luy conviennent pas non plus.

Aussi la raison pour laquelle on a établi ce genre de succession, est que l'on a jugé à propos que l'ayeul, qui auroit succedé aux acquests de son fils, succede aux propres naissans de son petit-fils, c'est le motif des Coutumes, selon Pontanus, sur l'art. 151. de la Coutume de Blois, où il dit, *Nam sicut pater in quæsitis immobilibus filii illi succedebat, si absque liberis decessisset ; ita consequens visum est, si quæstum illum in nepotem transmisisset, qui & postea sine liberis decessisset in quo, ut hic statuitur, succedit avus nepoti sine liberis decedenti, sicuti successurus fuisset filio, si ex eo nepotem non reliquisset :* Or est-il, que dans

l'espece proposée l'ayeul maternel n'auroit pas succedé à ces biens, si sa fille estoit morte sans enfans; & par consequent il n'y doit pas non plus succeder aprés la mort de son petit-fils.

13. Qu'on ne laisse pas de considerer la ligne pour la succession des propres naissans.

Enfin, on ne laisse pas de considerer la ligne pour la succession des propres naissans, comme lorsque l'on prefere le neveu à l'oncle dans ces propres: Or l'ayeul maternel ne se peut dire en aucune façon de la ligne d'un propre qui a esté acquis en un temps auquel il estoit entierement étranger à la famille. Aussi quoique l'ayeul qui est du costé & ligne, soit preferé aux freres de l'acquereur, qui sont les propres enfans du même ayeul, & les oncles du petit-fils dernier decedé, comme estant plus proche qu'eux du costé & ligne de l'acquereur, neanmoins si l'on parle d'un ayeul qui ne soit pas du costé & ligne de l'acquereur, il est indubitable que ces freres & sœurs luy seront preferez: ce qui marque que l'art. 315. ne s'entend que de l'ayeul qui est du costé & ligne.

14. Arrest pour la question principale.

Cette question a esté prévuë par la Lande sur l'art. 317. de la Coutume d'Orleans, vers la fin, où il a conclu pour l'ayeul paternel, elle s'est aussi trouvée dans le procés entre Dame Estiennette Regnaud, veuve du sieur Tortoüin, Commissaire des guerres, & Damoiselle Marguerite d'Arbonnes, veuve de Maistre Jacques Cordeau, Avocat en la Cour, auquel j'avois écrit, & elle a esté jugée dans cette espece même, en faveur de l'ayeul paternel, par Arrest rendu au rapport de Monsieur Lescalopier le 1. Aoust 1684.

15 Si dans le cas de l'article 315. les freres de l'acquereur doivent estre preferez à l'ayeul.

Au reste, il faut observer qu'il y a quelques memoires de Palais, dans lesquels on a expliqué l'art. 315. de la Coutume de Paris, ensorte qu'il prefere les freres & sœurs du fils acquereur à l'ayeul: ce qui seroit effectivement fort injuste, puisque dans l'espece de cet article, l'on donne à l'ayeul le propre naissant de son petit-fils, par cette raison d'equité, que la mort de son petit-fils arrivée sans enfans, fait que les choses sont au même état que si le fils estoit decedé sans enfans, auquel cas le pere auroit eu les acquests de son fils par preference à ses autres enfans, ce qui fait que le petit-fils decedant sans enfans, l'ayeul doit aussi estre preferé dans ces acquests à ses autres enfans freres de l'acquereur & oncles du petit-fils dernier decedé: Aussi les termes de cet article s'accordent parfaitement avec nostre explication: car il ne demande pas que le fils & le petit-fils soient decedez sans enfans & sans freres ni sœurs; mais il suppose, que le petit-fils soit decedé sans descendans de luy & sans freres & sœurs, & ne fait aucune mention des freres & sœurs du fils acquereur: ainsi il donne une preference perpetuelle aux descendans; mais non pas aux collateraux de l'acquereur: de la même maniere que cette preference est donnée aux descendans de l'acquereur dans les anciens propres au préjudice des plus proches, quoique du costé & ligne.

16. Quid si l'heritage acquis par le fils se trouve en la successiō du petit-fils qui en a herité de son frere.

On propose une troisiéme question, sçavoir si un heritage ayant esté acquis par le fils, & recueilli depuis par le petit-fils, & dévolu à un autre petit-fils frere du premier, l'ayeul survivant profitera non-seulement de la part de ce dernier petit-fils; mais même de celle de son frere premier decedé, parce qu'il semble que la Coutume de Paris n'a point parlé de cette double succession?

Il faut dire neanmoins, que l'ayeul aura le tout, parce que le tout est un heritage acquis par son fils, & qui se trouve en la succession de son petit-fils, & que d'ailleurs le droit de l'ayeul est favorable.

17 Quid s'il se trouve en la succession de l'arriere-petit-fils.

Je ferois plus de difficulté d'étendre ce droit au cas que le petit-fils ayant eu un fils, celuy-cy fût decedé sans enfans: car non-seulement c'est une succession redoublée, mais elle sort des termes de l'art. 315. qui ne parle que de l'ayeul & du petit-fils, d'où il suit que ni le sens, ni les termes de la Loy, ne se verifient point en ce cas: d'ailleurs les freres & sœurs du petit-fils, qui sont preferez à l'ayeul dans les cas de cet article, auroient sujet de luy contester ces anciens propres dans cette espece particuliere.

18. Diverses décisiōs sur cet art. 315.

J'estime à mon égard, 1. Que les freres & sœurs de l'arriere-petit-fils sont preferez au bisayeul, non-seulement comme descendus de l'acquereur; mais comme estant dans une espece qui approche de celle de l'article 315. 2. Que les freres & sœurs du petit-fils, oncles de l'arriere-petit-fils, seront encore preferez; parce qu'il semble, que *res pervenerit ad casum* de l'article 315. où ils étoient preferez.

3. Que hors ces deux genres de personnes, le bisayeul sera preferé à tous collateraux, même aux neveux & cousins germains du dernier decedé.

SECTION VIII.

De l'Edit des Meres.

SOMMAIRE.

1. *Partage de la matiere.*
2. *Dispositif & motif de cet Edit.*
3. *Que l'Edit des meres n'a lieu que pour les païs de Droit écrit.*
4. *Arrest qui l'a ainsi jugé.*
5. *Provinces de Droit écrit, où l'Edit n'est pas observé.*
6. *Si les peres sont compris dans l'Edit, raisons pour l'affirmative.*
7. *Resolution pour la negative.*
8. *Arrest qui a decidé que les peres n'estoient pas compris dans l'Edit.*
9. *Si l'Edit des meres comprend les ayeuls maternels.*
10. *Arrest en faveur des ayeuls maternels.*
11. *Reflexion sur cette Jurisprudence.*
12. *Le frere uterin preferé à l'oncle paternel, quoique la mere fût vivante.*
13. *Arrest en faveur des oncles maternels.*
14. *Que l'Edit ne s'entend que de la succession* ab intestat.
15. *Que l'Edit n'est pas bien clair au sujet des meubles du costé paternel.*
16. *Opinion, que la mere n'a que l'usufruit des meubles, qui paroissent venir du costé paternel.*
17. *Opinion, que tous les meubles appartiennent à la mere indistinctement.*
18. *Resolution de l'Auteur.*
19. *Si les freres germains partagent les meubles avec la mere.*

1. Partage de la matiere.

PAR le premier Droit Romain, qui s'appelle le Droit tres ancien, ou le Droit des XII. Tables, il n'y avoit que deux heritiers legitimes. Le premier, étoit le plus proche heritier en ligne directe descendante, qui étoit sous la puissance du défunt, comme le fils ou le petit-fils. Le second, étoit son plus proche parent entre ses collateraux, descendant de la ligne masculine, *L. pronunciatio §. 1. de verb. signif.* & quand il n'y avoit point de ces deux sortes d'heritiers, le fisc venoit à la succession *§. si plures & §. placebat instit. de legit. agnat. success.* Ainsi la mere ne succedoit point au fils, ni le fils à la mere. Cette Loy parut trop rigoureuse dans la suite, l'on eut égard aux droits du sang, l'on considera que le fils n'est qu'une partie des entrailles de la mere, qu'elle le porte avec tant de peine, qu'elle le produit avec tant de danger, qu'elle l'éleve avec tant d'inquietudes & de traverses, qu'elle pleure sa perte avec tant de douleur, & qu'ainsi il n'y avoit rien de plus injuste, que de la priver de sa succession. Ce qui donna lieu au Senatusconsulte Tertyllien, par lequel la mere fut appellée à la succession de son fils, à l'exclusion du fisc. A l'exemple duquel par le Senatusconsulte Orphitien, le fils fut pareillement appellé à la succession de la mere, & l'on corrigea par ces deux Loix cette impieté manifeste, qui se trouvoit dans la disposition de la Loy des XII. Tables: mais l'on a crû en France, qu'il y avoit quelque inconvenient dans un Droit si saintement établi, ce qui a donné lieu à l'Edit des meres, qui fait un dernier genre de succession, qui est particulier pour elles & pour le païs de Droit écrit. C'est une Loy qui a ses difficultez, & pour les examiner avec ordre, il faut commencer par rapporter la disposition de cet Edit, ensuite il en faut considerer les motifs, aprés cela en quelles provinces il a lieu, quelles personnes il comprend dans sa disposition, quelles successions, quel genre de biens, & en dernier lieu, il faut dire un mot de la legitime des meres aux termes de cet Edit.

2. Dispositif & motifs de cet Edit.

Ce que l'on peut dire en general de cet Edit avant d'examiner les autres articles, qui viennent d'estre proposez, c'est qu'il reduit le droit des meres aux meubles & acquests, & à l'usufruit de la moitié des propres délaissez par leurs enfans, & que le motif pour lequel il a esté fait, est l'usage du païs de Droit écrit, selon lequel n'y ayant dans la succession d'un défunt qu'un seul & unique patrimoine, comme dit la Loy *Jurisperitos §. cum oriundus ff. de excusat. tut.* la mere heritoit tant des propres, que des meubles & acquests, & ainsi les biens fourchoient necessairement dans des familles étrangeres, ce qui a paru injuste & contraire à l'esprit universel de nostre Droit François. C'est pourquoy le Roy Charles IX. par son Edit donné à saint Maur au mois de May 1567. abolit à cet égard les Constitutions des Empereurs de Rome, c'est à dire, tant le Senatusconsulte Tertyllien, que la Novelle 118. *§. consequens*, & l'Authentique *defuncto C. de legit. hered.* & reduisit le droit de la mere en la succession de son fils à ce qui vient d'estre dit.

3. Que l'Edit des meres n'a lieu que pour les païs de Droit écrit.

Si l'on a égard aux termes qui commencent cet Edit, il est fait uniquement pour le païs de Droit écrit. Voicy quels ils sont: *En nos païs & Duché de Guyenne, Languedoc, Provence, Dauphiné, & autres a esté cy-devant pratiqué*, cependant aprés avoir parlé de la Loy & de l'usage de ces Provinces, il ajoûte, *ordonnons, que doresnavant telle observance & maniere de succeder n'ait lieu, & ne soit suivie ne pratiquée en aucun endroit de nostre Royaume.* Outre que toutes les clauses dérogatoires sont dans la preface, surquoy l'on peut former une question, sçavoir si l'article 15. du titre des successions de la Coutume de Bourgogne, qui déroge à cet Edit, doit estre observé? & il est sans doute, que les Etats du Duché de Bourgogne, & les Commissaires du Roy ont pû déroger à cet Edit: parce que la redaction & la reformation des Coutumes se font sous le bon plaisir & l'autorité du Roy, & en vertu de Lettres Patentes, & d'un Arrest d'homologation: & ainsi rien n'a empêché qu'en 1570. l'on n'ait dérogé par cet article à l'Edit des meres de l'an 1567. Outre que cet article ne déroge pas à l'Edit pour donner plus aux meres; mais pour leur donner moins que ne fait l'Edit: car l'article precedent ne donne pas même l'usufruit des propres aux ascendans, & les appelle aux meubles & acquests concurremment avec les freres & sœurs, & les enfans des freres.

4. Arrest qui l'a ainsi jugé.

Enfin, nonobstant les clauses dérogatoires de l'Edit, on juge, qu'il n'a lieu que pour le païs de Droit écrit, & il y en a un Arrest du 18. Avril 1576. rapporté par Maître René Chopin, de la Police Ecclesiastique, liv. 3. tit. 8. nomb. 19. & par le Vest Arr. 144. sur le fondement duquel l'Edit ne déroge point à la Coutume de Tournay, laquelle au titre des successions art. 7. établit les peres & meres seuls heritiers de leurs enfans decedez sans enfans, non plus qu'à la Coutume d'Anjou, laquelle en l'article 271. donne aux peres & meres à titre de succession l'usufruit de tous les immeubles de leurs enfans.

5. Provinces de Droit écrit, où l'Edit n'est pas observé.

Cet Edit ne s'observe pas même dans tout le païs de Droit écrit, & Maître René Chopin, de la Police Ecclesiastique, liv. 3. tit. 9. nombre 19. rapporte, que les Etats du païs de Dauphiné, prétendant s'estre soumis à la France, sous cette condition, qu'il ne seroit rien changé aux anciennes Coutumes du païs, avoient conservé l'usage du Droit Romain, & que cela ayant fait une contestation, qui fut portée au Conseil du Roy, la cause en avoit esté appointée, plaidant Mon-

sieur de Marillac, Avocat des Etats, & le procés en étoit demeuré indécis. Il ajoûte, que le Parlement d'Aix a reçû l'Edit des meres & l'execute. Mais Monsieur Maynard liv. 2. chap. 86. atteste, que hors le Gardiage de Toulouse, où la mere est excluse par les freres, l'on suit le Droit écrit pour la succession des meres dans tout le ressort du Parlement de Toulouse : ce qui est aussi attesté par Monsieur d'Olive, liv. 5. chap. 27. Il en est de même du Parlement de Guyenne, où par Arrest du 18. Aoust 1597. rapporté dans la Note marginale sur la fin de la 3. qu. part. 2. des Remarques de Maistre René Chopin sur les Coutumes de France, il fut dit, en la cause de Damoiselle Elisabeth Furgon, que l'Edit n'avoit esté jusqu'alors ni verifié ni observé, ce qu'il remarque aussi sur la Coutume de Paris liv. 2. tit. 5. nomb. 15. Il dit aussi que le grand Conseil, à qui les procés de la Guyenne avoient esté alors renvoyez, jugeoit conformément à l'usage de ce Parlement, & contre la teneur de l'Edit : Au contraire le Parlement de Paris a verifié l'Edit, & l'observe pour les Provinces de son ressort, qui sont regies par le Droit écrit.

4. Si les peres sont compris dans l'Edit, raisons pour l'affirmative.

Pour examiner à present quelles personnes sont comprises dans l'Edit, il est certain que si l'on s'attache aux termes dans lesquels il est conçû, il n'est fait uniquement que pour les meres. Mais on a demandé si les peres y sont tacitement compris : ce qui feroit beaucoup de difficulté, si ce n'estoit que l'usage s'est declaré en faveur des peres : car la raison de l'Edit convient également au pere & à la mere, & les biens passent aussi bien dans une famille étrangere, lorsque le pere succede aux propres maternels, que quand la mere herite des propres paternels. C'est pour cela qu'en païs coutumier la regle est reciproque, *paterna paternis, materna maternis*, & que l'on dit en general, que propre heritage ne remonte point. *Ne scilicet*, dit du Molin, *labantur in diversam lineam.* D'ailleurs il semble qu'il n'y ait pas d'inconvenient que le masculin soit compris quelquefois sous le feminin, quoiqu'il soit plus ordinaire que le feminin soit compris sous le masculin, suivant la Loy *Pronunciatio 155. de verb. sign.* ce qui se peut admettre, lorsqu'une Loy est fondée sur des motifs, qui regardent à la verité l'un & l'autre sexe ; mais qui sont plus particuliers pour le sexe feminin, ce qui fait qu'on ne parle que de la mere, *causa frequentia*, suivant Maistre Charles du Molin sur l'article 268. de la Coutume du Maine, comme dans l'espece particuliere, où les motifs de la Loy sont, que par le moyen de la succession des meres aux propres de leurs enfans, non seulement les biens passent en des mains étrangeres, mais servent quelquefois d'alimens à de nouveaux feux, lorsqu'une veuve, ainsi riches des dépouilles de ses enfans, se resoud de descendre à de secondes nôces : or ces motifs conviennent au pere, qui succedant aux propres maternels de son fils, les fait passer dans une autre famille ; souvent même dans un second mariage ; mais parce que ces raisons, qui conviennent aux deux sexes, sont plus particulieres pour le sexe feminin, il ne faut pas s'étonner si l'Edit a esté appellé l'Edit des meres, & non l'Edit des peres, & s'il ne comprend que les meres dans le sens litteral, quoiqu'il ait pû être fait pour tous les ascendans : de la même maniere que la preface & le premier chef de l'Edit des secondes nôces, ne comprennent que les meres, selon la lettre, & s'appliquent neanmoins aux peres selon l'usage & selon l'esprit de la Loy, laquelle en taxant la legereté de ceux qui passent à de seconds vœux, a eu peine de l'imputer aux hommes. Aussi plusieurs ont esté d'avis que les peres estoient compris dans l'Edit de Saint Maur : & c'est le sujet d'une Note marginale dans Maître René Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 3. tit. 2. nomb. 3. c'est aussi l'avis de Labbé sur l'art. 311. de la Coutume de Paris.

7. Resolution pour la negative.

Neanmoins pour ne se point éloigner de l'usage, il faut dire, que les peres ne sont point compris dans cet Edit : ce qui se peut aussi appuyer sur ces deux raisons : la premiere, qu'en general les hommes ne sont point presumez compris dans une Loy qui ne parle que des femmes, suivant la disposition precise de la Loy *Si ita scriptum 45. de legat 2.* où un pere ayant donné des tuteurs à ses filles par son testament, n'est pas presumé les avoir donnez pour ses fils, le Jurisconsulte Pomponius ajoûtant, *exemplo enim pessimum est fœminino vocabulo etiam masculos contineri.* A quoy l'on peut ajoûter la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 258. de la Coûtume du Maine, où il dit, *Secùs videtur de matre : quia non exprimit de utroque, ut solet quando de utroque intelligit*, & ce qui a esté jugé au sujet de l'article 248. de la Coutume d'Anjou, conforme à la même Coutume du Maine, que cet article disant, que si un homme noble fait faire Profession en Religion à l'un de ses enfans, la part accroit au fils aîné, il n'en estoit pas de même, lorsque c'est la femme noble qui fait faire la Profession.

La seconde, que l'Edit des meres est un droit extraordinaire, qui ne doit recevoir aucune extension : en quoy il differe de l'Edit des secondes nôces, qui est conforme au Droit, & qui outre cela comprend les maris dans son dernier chef.

Quelques-uns ajoûtent une derniere raison, que le pere & les enfans portent le même nom ; au lieu que le nom de la mere est étranger ; mais cette raison ne suffiroit pas ; puisque les biens maternels sortent toûjours de leur ligne, quand ils passent en la personne du pere. Quoy qu'il en soit, jusqu'à present les Cours Souveraines, qui ont reçû l'Edit des meres, ne l'ont point appliqué aux peres, & l'usage est constant.

8. Arrest qui a decidé, que les peres n'étoient pas compris dans l'Edit.

Il y a même un Arrest rendu au Rôle de Paris le 27. Février 1680. dans l'espece, qu'un nommé Antoine Ricoral, s'estant mis en possession de tous les biens de la succession de N. Ricoral son fils, même de ceux qui luy estoient échûs par la succession d'Anne du Verger sa mere, la nommée Catherine du Verger tante maternelle prétendit, que c'estoit le cas de l'Edit, qui n'avoit pas moins lieu contre les peres que contre les meres, & aprés qu'elle eut esté déboutée de sa demande par Sentence du Senéchal de Lyon, l'Arrest, qui intervint sur l'appel, mit l'appel au neant ; Maistre Gillet plaidant pour Catherine du Verger, & Maistre de Maridat pour Antoine Ricoral.

9. Si l'Edit des meres comprend les ayeuls maternels.

On forme une seconde question, en examinant quelles personnes sont comprises dans l'Edit des meres, c'est de sçavoir s'il concerne aussi les ayeuls maternels ? Et il faut dire, que de la maniere, qu'on a limité l'Edit par les interpretations differentes qu'on luy a données, ils n'y sont point compris : parce qu'à proprement parler, l'on juge que l'Edit ne fait autre chose que mettre la mere hors de ligne, & la tirer de l'ordre des successions : c'est pour cela qu'elle n'annulle point le testament du fils : or les Arrests qui ont decidé nôtre question, & ont jugé, que l'ayeul maternel n'estoit point exclus de venir à la succession, sont dans tous les livres, il y en a un du 22. Aoust 1597. qui ajugea les propres maternels d'un

10. Arrest en faveur des ayeuls maternels.

petit-fils à un ayeul maternel par preference au frere uterin, & il y en a un autre du 6. Aoust 1594. qui ajugea également la succession du petit-fils à l'ayeul paternel à & l'ayeul maternel, au préjudice encore du frere uterin : l'un & l'autre Arrest rendu pour le païs de Droit écrit, & rapporté par Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nom. 6. [☞ Il y en a un semblable du 11. Avril 1597. qui prefera l'ayeul maternel à la sœur uterine, & qui est dans Peleus liv. 5. act. 48.] Comme aussi l'ayeule maternelle a esté jugée pouvoir succeder aux propres paternels par un Arrêté de la troisiéme Chambre du 8. Mars 1608. rapporté par Monsieur le Prêtre, qui en cite aussi un precedent du 23. Decembre 1598. qui avoit jugé la même chose. Enfin quoiqu'il y ait eu des Arrests contraires, qui sont rapportez par Maistre René Chopin sur la Coutume d'Anjou liv. 3. tit. 2. nomb. 3. & par Peleus en ses Act. *For.* liv. 4. art. 2. comme aussi par Maistre Julien Brodeau sur la lettre M. de Monsieur Loüet nomb. 22. Arr. 6. la derniere Jurisprudence a admis l'ayeule maternelle, & le premier Arrest qui a fixé la chose & corrigé la Jurisprudence métoyenne, a esté rendu en la premiere Chambre des Enquestes au rapport de Monsieur d'Amours le 30. May 1620. & Maistre Julien Brodeau, qui recite cet Arrest, au lieu, qui vient d'estre cité Arr. 7. & qui avoit écrit au procés, dir, que la Chambre se fit apporter les Arrests contraires, & ordonna que son Arrest seroit publié en la Senéchaussée de Lyon. Il y en eut un autre le 20. Juillet de la même année, qui suivit cette Jurisprudence dans des circonstances assez fortes: car la mere estoit cessionnaire de l'ayeule maternelle, & s'estoit remariée. Enfin, la même chose a encore esté jugée le 16. May 1637.

11. Reflexion sur cette Jurisprudence.

Ensorte que ce seroit resister à un établissement certain, que de vouloir combattre cette opinion : quoique sans les prejugez l'on pourroit soutenir le contraire : car j'aurois demandé à ceux qui ont soutenu pour la premiere fois, que l'ayeul ou l'ayeule du côté de la mere n'estoient pas compris dans l'Edit, si cette doctrine peut compatir avec l'esprit & l'intention de l'Edit, qui est, d'empêcher que les biens ne fourchent en des familles étrangeres, & si cet inconvenient n'arrive pas, quand on donne à l'ayeul maternel ce que l'Edit a ôté à la mere, laquelle il seroit plus apparent d'appeller aux propres paternels, que non pas l'ayeul maternel, puisqu'elle est plus proche.

De plus, de la maniere que l'on accommode les interests de l'ayeul maternel & de la mere, ils emportent tout : car l'ayeul aura les propres du côté paternel, & la mere les meubles & acquests, & l'usufruit de la moitié des mêmes propres, en attendant que l'ayeul decede : cependant on a fondé cette derniere Jurisprudence sur cette raison, que l'Edit dérogeant au Droit commun, & ne parlant que des meres, il n'estoit pas permis de l'étendre aux ayeuls maternels, qui ne sont point compris sous le nom de *mere* en une matiere de Droit étroit, comme le remarque Maistre Charles du Molin en son Conf. 15. nomb. 7. où il dit, *jus novum, quo mater ad filiorum successionem vocata est, strictum erat nec extendendum, ut pute veteris juris correctorium, ita quod non extendatur ad aviam : sed opus fuit speciali nova constitutione ad illam extensionem.*

12. Le frere uterin preferé à l'oncle paternel, quoique la mere fût vivante.

Sur ce fondement quelques Arrests ont jugé, qu'en païs de Droit écrit, quoique la mere fût encore vivante, le frere uterin estoit preferé à l'oncle paternel, il y en a un rapporté par le Continuateur de Monsieur le Prêtre Cent. 3. chap. 91. du 17. Septembre 1582.

13. Arrests en faveur des oncles maternels.

Enfin, en païs de Droit écrit une femme ayant legué par son testament à son second mary des biens qu'elle avoit eu par testament de son premier mary, & une sœur du premier mary ayant fait juger par Arrest de la quatriéme Chambre des Enquestes du 3. Avril 1633. qu'elle n'avoit pû faire cette disposition, parce qu'elle avoit eu des enfans de son premier lit, lesquels, encore qu'ils fussent decedez avant elle, neanmoins luy avoient une fois ôté la proprieté de ces sortes de biens, suivant la Loy *Generaliter*, la Loy *Hac edictali §. his illud 3. C. de secund. nupt.* la Novelle 2. & la Nov. 22. chap. 23. Il arriva quelque temps aprés, que les oncles maternels avertis de cet Arrest, demanderent leur part dans ces biens, soutenant que l'Edit des meres ne les excluoit point de leur demande, puisqu'il ne les comprenoit pas : & par autre Arrest du 6. Septembre 1636. rapporté par Henrys tom. 1. livre 6. chapitre 1. qu. 3. ils obtinrent le partage des mêmes biens, & c'est ce qui me paroît avoir esté jugé en plus forts termes sur cette matiere.

14. Que l'Edit ne s'entend que de la succession *ab intestat*.

Aprés avoir parlé des personnes, il faut dire un mot des successions, qui sont comprises dans l'Edit des meres : & tout le monde convient que l'Edit ne faisant mention que du Droit de succeder, sans parler d'institution ni de legs universel, ne se doit pas entendre de la succession testamentaire ; mais seulement de la succession *ab intestat*. C'est ainsi que l'on interprete les Coutumes qui portent, que la fille par sa renonciation ou même par son mariage, est exclusé de la succession, ce qui s'entend de la succession *ab intestat* seulement. C'est de la sorte que les Ordonnances qui disposent de la succession du bâtard, ne s'entendent que de la succession *ab intestat*. Car quoique les heritiers *ab intestat* & testamentaires soient également successeurs à titre universel, selon la Loy *Nihil est 24.* & la Loy *Hereditatis 119. de verb. signif.* neanmoins dans l'usage le mot de *succeder* s'entend communément des successions *ab intestat*.

Aussi le partage, que l'Edit fait à la mere des meubles & acquests, & de l'usufruit de la moitié des propres, marque assez qu'il entend parler de la succession *ab intestat* de ses enfans, & d'ailleurs on a consideré que le fils pouvant instituer un étranger pour son heritier, il luy devoit estre permis d'instituer sa mere. Enfin la chose a esté jugée par un Arrest du 22. Janvier 1590. & par un du 1. Juin 1647. rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur sur la lettre M. nomb. 5. & par du Fresne liv. 5. chap. 20.

Aussi lors que le pere a fait à son fils une substitution pupillaire expresse, la succession de son fils n'estant point comprise dans l'Edit, la mere n'y a aucun droit, & elle ne se peut pas plaindre de cette substitution, *quia pater hoc ei fecit*, dit la Loy 8. *§. sed nec impuberis ff. de inoff. test.*

La raison pour laquelle l'Edit ne s'étend pas en ce cas à la succession de l'impubere, c'est que ses biens sont revolus & confondus avec ceux du pere par un effet de la puissance paternelle : c'est pourquoy la mere n'a pas même en ce cas l'usufruit de la moitié des propres, quoique l'Edit semble luy donner ce droit, non comme un droit ordinaire de succession; mais à titre singulier. Pap. liv. 20. tit. 3. Arr. 6. & 31.

Que si la substitution pupillaire n'est que tacite, elle n'exclut pas la mere de la succession. La tacite pupillaire est celle qui s'induit de la vulgaire expresse, comme s'il estoit dit : *j'institué mon fils mon heritier, & en cas qu'il ne le soit pas, j'institué Titius :* car en ce cas, si le fils meurt impubere,

Titius sera son heritier; mais si la mere survient en ce même cas, elle empesche l'effet de la pupillaire tacite, suivant la Loy *Precibus 8.C. de impub. & aliis substitut.* & elle n'a pas une simple legitime; mais bien tout ce qui luy est donné par l'Edit. Que si la substitution est sommaire & reciproque, ou si elle est compendieuse, en ce cas la pupillaire étant comprise sous les termes generaux de ces substitutions, elle exclut la mere de la succession suivant la Loy *Lucius Titius 43. ff. de vulg. & pup. substit.* Enfin, elle l'exclut même de sa legitime.

15. Que l'Edit n'est pas bien clair au sujet des meubles du côté paternel.

Pour ce qui concerne les biens compris dans l'Edit, on peut dire, qu'il n'est pas conçû d'une maniere bien intelligible: car il semble qu'il donne à la mere les meubles qui viennent d'ailleurs que du côté paternel en pleine proprieté; & qu'à l'égard de ceux qui viennent du côté du pere, il ne luy en donne ni l'usufruit, ni la proprieté. Cependant dans l'usage on l'interprete autrement, & comme s'il donnoit au moins à la mere l'usufruit des meubles, qui sont justifiez venir du côté du pere.

16. Opinion, que la mere n'a que l'usufruit des meubles qui paroissent venir du côté paternel.

Encore pour faire que la mere soit reduite à ce simple usufruit des meubles du côté du pere, il faut, selon l'opinion de quelques-uns, que ce soient des meubles de consequence, qui soient en nature, & qui n'ayent point esté confondus avec d'autres, & qui ayent esté inventoriez, desquels meubles paternels, dont on reconnoit l'origine, la mere n'a que le simple usufruit, comme il paroît par l'Arrest du 22. Aoust 1637. rapporté par Brodeau sur la lettre M. de Monsieur Loüet, nomb. 22. Arr. 2. & par l'Arrest du 22. Juin 1619. cité par le même Auteur sur la lettre L. nomb. 1. Arr. 8. & celuy du 16. Janv. 1610. au même endroit Arr. 6. Que si on n'en reconnoît pas la source, ils appartiennent à la mere en pleine proprieté. C'est l'avis de Monsieur Loüet en la lettre M. nomb. 22. & sur ce fondement il faudroit dire, que l'argent dont un fils a herité se pouvant difficilement distinguer, appartiendroit à la mere en pleine proprieté; mais que les meubles remarquables, & qui ont esté bien & dûëment inventoriez aprés la mort du pere, & se trouvent encore en nature lors du decés du fils, n'appartiennent à la mere qu'en simple usufruit. A l'égard des autres meubles & acquests, ils appartiennent à la mere en pleine proprieté.

17. Opinion, que tous les meubles appartiennent à la mere indistinctement.

D'autres estiment au contraire, que tous les meubles appartiennent à la mere en pleine proprieté, sans distinguer d'où ils viennent, & disent que ces mots de l'Edit, *venant d'ailleurs que du côté paternel*, se rapportent aux conquests; & non pas aux meubles, & se fondent sur cette raison, que la possession des meubles est vile & abjecte, & que l'on n'en distingue point l'origine, & il y en a un Arrest du 14. Aoust 1575. rapporté par Maître René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 1. tit. 1. nomb. 6. & rendu pour le païs de la basse Marche; un autre du 5. Fevrier 1600. dans Henrys, tom. 1. liv. 6. chap. 2. qu. 7. Un autre du 7. Septembre 1644. rendu sur l'appel du Senéchal d'Auvergne, ou son Lieutenant à Riom, & rapporté par le même, tom. 2. liv. 6. qu. 22.

18. Resolution de l'Auteur.

Ce que l'on peut dire de ces deux opinions, c'est que la premiere est plus conforme aux termes de l'Edit; & la seconde, au Droit commun de la France. Et ce qui fait pancher pour la premiere, c'est que l'on voit que l'article 3. du chap. 12. de la Coutume d'Auvergne, quoique reformée en 1510. est conforme, & distingue l'origine des meubles, & que Maître Charles du Molin a esté d'avis sur cet article, qu'il falloit faire cette separation des meubles paternels: *ergo mater*, dit-il, *non succedit filio heredi patris, etiam in mobilibus obventis filio à patre, & contra pater non succedit filio, etiam in mobilibus obventis filio ex successione materna.* Or l'on pretend que cette Coutume a servi de modele pour l'Edit des meres. D'ailleurs, l'on voit qu'en païs de Droit écrit, l'on suit aussi l'origine des meubles pour la reversion.

☞ Il faut pourtant convenir que le dernier usage est contraire, & qu'on donne à la mere la proprieté de tous les meubles sans en considerer l'origine.

Il y a eu même un Arrest en la cinquiéme Chambre des Enquestes le Mercredi 6. Mars 1697. au rapport de M. de Lesseville, qui a ajugé à Marie Rigaud de la ville de Montbrison une somme de 5000. livres, leguée à un de ses fils par son mary, pour tout droit de legitime; quoique les parens paternels soutinssent que la legitime, quoiqu'ainsi leguée, avoit dû estre payée en corps hereditaires, & qu'ainsi il étoit necessaire de verifier ce qu'il y avoit de mobilier dans ce legs.

19. Si les freres germains partagent les meubles avec la mere.

L'on a demandé à ce sujet, si en païs de Droit écrit, & aux termes de l'Edit, la mere doit avoir seule les meubles & acquests, quoique le défunt ait laissé des freres germains, avec lesquels elle doit venir en concurrence, selon la Novelle 118. chap. 2. car d'un côté la mere dit, que si l'Edit luy a ôté les propres, en luy donnant les meubles & acquests, sans faire aucune mention des freres, on ne peut point diviser sa disposition: d'autant plus que les meubles & acquests luy tiennent lieu de sa part dans la proprieté des propres.

D'autre part, les freres disent, que l'Edit n'a dérogé au Senatusconsulte Tertyllien, & aux Loix subsequentes, que pour les propres & les meubles qui viennent du côté paternel; mais qu'il n'a point dérogé au Droit commun pour ce qui concerne les autres meubles & les acquests, qui ne sont point compris dans les motifs de l'Edit, qui sont d'empescher que les propres ne passent dans une famille étrangere: Que si la pretention de la mere doit avoir lieu, l'Edit luy sera quelquefois avantageux, lorsqu'il y a beaucoup de meubles & tres-peu de propres; au lieu qu'il a esté fait pour restraindre ses droits.

Pour moy, j'estime qu'il faut donner à la mere les meubles & acquests à l'exclusion des freres germains, puisque l'Edit la reduit à ces sortes de biens, & luy ôte la proprieté des immeubles, & que d'ailleurs les meubles & acquests étant le partage ordinaire des ascendans, cette décision tend à faire un droit en quelque façon uniforme, à quoy l'on doit toûjours incliner: Aussi je vois que la chose a esté ainsi decidée par deux Arrests de la premiere Chambre des Enquestes, l'un du 29. Mars 1631. l'autre du 14. Aoust 1635. rapportez par Maître Julien Brodeau sur la lettre M. de Monsieur Loüet, nomb. 22. Arr. 3. & 4.

20. Si la mere aprés cet Edit a encore la querelle d'inofficiosité.

Supposant donc que les freres germains ne concourent point avec la mere dans les meubles & acquests, il faut conclure que dans le païs de Droit écrit le nombre des freres ne change point la legitime de la mere. On passe plus avant, & l'on soutient qu'elle n'a plus la querelle d'inofficiosité: ce qui dépend, ce semble, de sçavoir si elle a un droit uniforme, soit dans la succession testamentaire, soit dans la succession *ab intestat*: car si cela est, elle n'a pas besoin de supposer la querelle d'inofficiosité pour faire casser une institution; mais au contraire elle doit agir pour ce que luy donne l'Edit, comme autrefois les arrogez impuberes n'avoient point la querelle; mais agissoient *ex divi Antonini beneficio*, pour

M

avoir leur quarte : ce qui s'observe parmi nous pour les reserves coutumieres, que les parens poursuivent par forme de simple distraction, sans donner atteinte au surplus des dispositions testamentaires : Que si au contraire la legitime de la mere n'est que le tiers des meubles, qui ne dérivent pas du pere, & des acquests en proprieté, & de la moitié de l'usufruit des propres, il semble qu'elle doit avoir la querelle pour faire reduire les choses *ab intestat*, au moins quant à l'institution, & pour avoir sa part de l'Edit en son entier. Mais il est juste de dire, qu'en cas qu'elle soit reduite à sa legitime, elle n'a que le tiers de ce qu'elle auroit eu *ab intestat*, puisque nous ne voyons point que l'Edit luy fasse un droit uniforme dans l'une & l'autre succession, mais qu'au contraire, on a jugé, comme nous avons dit cy-dessus, qu'elle-même peut estre instituée, & que l'Edit ne s'entend que de la succession *ab intestat* : Ainsi regulierement elle doit avoir la querelle en cas de preterition, ou d'une injuste exheredation, afin d'obtenir que la succession étant reduite *ab intestat*, on luy laisse tout ce que l'Edit luy accorde.

21. Qu'elle peut encore intenter cette querelle.

Le fondement que nous prenons, qui est, que la mere est reduite au tiers de ce que luy donne l'Edit, quand elle vient à titre de legitime, est autorisé par quelques Arrests, & entr'autres par un du 16. Janvier 1610. rapporté par Maître Antoine Mornac, sur la Loy 15. *ff. de inoffic. testam.* où il dit, *& cùm agitatum id fuisset in quarta classe inquisitionum ann. 1610. 16. Januarii inter Joannam Mondard & Franciscum Agnetanum, consultaque omnes classes fuissent, decretum fuit legitimam matris in bonis filiorum esse tertiæ partis mobilium & conquestuum, atque etiam tertiæ partis usufructus dimidiati patrimonii*, & ce même Arrest est rapporté avec deux autres conformes, par Maître Julien Brodeau, sur la lettre L. de Monsieur Loüet, nomb. 1. Arr. 7. & 8. du Bouchel sur le mot *legitime*, en rapporte un du 22. Janvier 1590. de même Ricard, part. 3. chap. 8. de ses Donat.

Tellement qu'étant constant, que la mere a beaucoup moins à titre de legitime que l'Edit ne luy donne *ab intestat*, le seul pretexte qui pourroit rester pour luy ôter la querelle, seroit qu'elle n'est plus heritiere que d'un certain genre de biens. Mais ce pretexte touchera peu ceux qui considereront, qu'encore que plusieurs croyent que la Loy *de emancipatis C. de legit. hered.* a établi entre les freres la distinction des patrimoines, preferant les consanguins pour les biens paternels, & les faisant heritiers d'un certain genre de biens, & que cette Loy n'a point esté abrogée par la Novelle 118. chap. 3. neanmoins personne jusqu'à present ne s'est avisé de dire, que la querelle d'inofficiosité, dans le cas où l'on avoit coutume de l'accorder aux freres, leur ait esté ôtée : d'ailleurs la mere reste toûjours heritiere des meubles & acquests qui sont, au moins dans nôtre Droit François, un titre universel, aussi-bien que l'usufruit des propres. Quoy qu'il en soit, la plûpart disent aujourd'huy que la mere n'a plus la querelle d'inofficiosité. Voyez Brodeau sur la lettre M. de Monsieur Loüet, n. 22. sur la fin. Ne seroit-ce point parce qu'il n'est pas trop bien établi, que le droit de la mere n'est pas uniforme dans l'une & l'autre succession, & qu'il y a quelques endroits de nos Auteurs, qui en peuvent faire douter, comme lorsque Maître Antoine Monarc dit sur la Loy 8. *§. sed neque ff. de inoff. testam. distractumque est duntaxat quod matri præterita deberetur ex materno Edicto.* En effet, quoique le sens naturel de ce passage, soit que l'on reglât à la mere sa legitime, eu égard à l'Edit des meres, & qu'elle eût le tiers des meubles & acquests en proprieté & de la moitié de l'usufruit des propres, comme il resulte de ce que le même Auteur a dit sur la Loy 15. du même titre ; neanmoins cela peut avoir induit un Auteur à prendre un chemin, où il ait esté suivi de tous les autres. Enfin, ce qui acheve de me déterminer pour l'affirmative, c'est que si l'on s'attache à cette exactitude des regles du Droit Romain, la mere n'étant heritiere que d'un certain genre de biens, elle n'aura pas même d'action pour sa legitime, laquelle n'appartient qu'à ceux qui sont heritiers à titre universel : ainsi elle n'aura ni la querelle, ni l'action de legitime. Ce qui ne seroit pas juste, & est opposé aux Arrests même. Ainsi il faut dire qu'étant heritiere des meubles & acquests, qui sont un titre universel parmy nous, elle peut intenter la querelle d'inofficiosité.

22. Usage.

Il faut aussi observer, qu'il n'est pas toûjours juste de reduire la legitime de la mere aux tiers de ce qu'elle auroit eû *ab intestat*, suivant l'Edit des meres : parce que cet Edit n'étant fait que pour conserver les biens dans les familles, si un fils institue un étranger en tous ses biens, tant propres que meubles & acquests, en ce cas l'interest de la famille cessant, la legitime de la mere doit estre conforme au Droit commun, & ne doit pas estre reglée sur l'Edit des meres, c'est à dire, qu'elle doit avoir le tiers de tous les biens en proprieté ; ce qui a esté jugé par un Arrest du 28. Novembre 1579. rapporté par Maître René Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 3. tit. 2. nomb. 5.

23. Que la mere n'est point reduite au tiers de l'Edit, quand le fils a institué un étranger.

On peut encore former une question assez importante, sçavoir comment la mere, que l'Edit reduit à l'usufruit de la moitié des propres, & à la proprieté des meubles & acquests, doit contribuer aux dettes ; & cette question devant estre traitée dans le chap. du payement des dettes, il suffira d'en toucher icy les principes, qui sont que regulierement en païs de Droit écrit, les dettes doivent estre acquittées suivant les portions hereditaires, & c'est la disposition de la Loy 1. *C. si certum petatur*, qui dit, *cùm sit explorati juris, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti, pertinere*, laquelle Loy on appelle communément au Palais *la Loy des fils aînez* : mais il semble que cette définition generale ne se peut appliquer icy, où la mere est seule heritiere d'un certain genre de biens ; c'est à dire, des meubles & acquests, ayant l'usufruit de la moitié de surplus : ce qui étant ainsi, comment pourroit-on regler la quotité de ce qui luy appartient dans la succession, & dire si elle est heritiere pour une moitié, ou pour les deux tiers, ou pour une autre portion ? Ce qui me persuade que l'on doit avoir égard en ce rencontre à l'émolument, qui est la seule regle qu'on puisse suivre : ce que l'on peut appuyer de cette raison, que les dettes diminuant de plein droit les biens de la succession, la contribution qui se fait parmy nous entre coheritiers à proportion de l'emolument, est assez juste, dans les cas où l'on ne se peut attacher aux maximes generales qu'il a établies. Et l'on peut confirmer cela par exemple d'une autre décision, qui vient d'estre rapporté, que quand il a esté question de sçavoir, si la mere devoit exclure les freres germains dans les meubles & acquests en vertu de l'Edit des meres, on a conclu pour l'affirmative, pour faire, au-

24. Comment la mere contribuë aux dettes.

25. Que les dettes en ce cas particulier, se doivent regler pro modo emolumenti.

tant qu'il se peut, un droit commun de la succession des meubles & acquests. Aprés quoy quel inconvenient y a-t-il de se proportionner au Droit commun de la France, en un cas où l'on ne peut appliquer la disposition de la Loy Romaine, puisqu'en un autre cas, où l'on pouvoit suivre le Droit Romain, on a mieux aimé expliquer l'Edit conformément à l'usage du païs coutumier? Cette même question se forme encore dans le cas de la concurrence de plusieurs freres, dont les uns sont consanguins, les autres uterins; & supposé qu'il y ait des dettes du côté du pere, & d'autres du côté de la mere, & d'autres enfin du chef du frere, de la succession duquel il s'agit: mais pour la traiter dans cette derniere espece, il faut presupposer une doctrine, dont je n'ay jamais pû demeurer d'accord, que par la Loy *De emancipatis 13. C. de legitimis heredibus*, les biens paternels appartiennent aux freres consanguins, & les maternels aux uterins, & laquelle j'ay refutée au liv. 2. chap. 1. de la succession des propres, sect. 2. nomb. 1.

26. De la legitime des ascendans. Il a esté parlé cy-dessus de la legitime de la mere par rapport à l'Edit de saint Maur du mois de May 1567. & nous avons presupposé en reglant la quotité de cette legitime, qu'il en est dû une aux ascendans en païs de Droit écrit: ce qui est conforme à la Loy *Nam & si ff. de inoffic. testam.* à la Novelle 115. chap. 4. & à l'Authentique *ut cum de appellat. §. sive igitur*, & ce qui est d'usage, comme il paroît par l'Arrest du 14. Février 1583. rapporté par Maistre Antoine Robert, liv. 1. chap. 1. Aussi la chose n'a jamais fait de difficulté pour le païs de Droit écrit: mais on peut demander si la legitime des ascendans a lieu

27. Si elle a lieu en païs coutumier. dans le païs coutumier? Et il faut dire, tout au contraire du païs de Droit écrit, qu'elle n'a pas lieu dans le païs coutumier. On en rapporte une raison de difference, qui n'est pourtant pas veritable, qu'estant constant dans l'un & l'autre Droit, que la legitime n'est dûë qu'à ceux qui sont heritiers à titre universel, & les ascendans n'estant heritiers dans le païs coutumier, qu'à titre particulier d'un certain genre de biens, regulierement il ne leur est point dû de legitime;

28. Raisons pour lesquelles cette legitime n'a pas esté reçûë. mais encore un coup cette raison n'est pas bien fondée: car les meubles & acquests sont une succession universel, selon nostre usage. Ainsi il faut dire seulement que comme les ascendans sont heritiers des meubles & acquests dans le païs coutumier, ils ne pourroient avoir leur legitime que sur ces sortes de biens: or il y auroit en cela deux inconveniens: le premier, d'empescher aux enfans la libre disposition des acquests, qui sont les fruits de leurs travaux & de leur industrie; le second, que ce seroit interdire aux enfans le commerce de la plus grande partie de leur bien: parcequ'ils sont déja obligez de reserver à leur famille les quatre quints de leurs propres, & cet inconvenient ne se trouve pas dans la legitime des descendans: car souvent les quatre quints des propres suffisent pour la remplir. D'ailleurs nous avons consideré, que la legitime des ascendans n'est pas naturelle, & qu'ils sont heritiers contre le vœu de la nature: Aussi la Loy 1. *C. unde vir & uxor*, dit, que la succession des ascendans est legitime; mais que celle des descendans est naturelle, & la Loy *Nam et si ff. ne inoffic. testam.* ne leur accorde le droit de legitime que par une espece de commiseration.

29. Coutumes qui accordent cette legitime. Voilà les principales raisons pour lesquelles nos Coutumes & les Arrests refusent pour la plûpart la legitime aux ascendans: & à l'égard des Coutumes, il y en a peu qui la donnent, comme la Coutume d'Acqs, tit. 2. art. 23. & celle de Bordeaux, chap. 5. art. 57. qui ajugent le tiers des biens aux ascendans pour leur legitime, encore l'une & l'autre Coutume est enclavée dans le païs de Droit écrit. La plûpart des autres ou ne parlent point de la legitime, & dans celles-là on ne la donne qu'aux descendans, telle est la Coutume du Maine, en laquelle on a jugé qu'il n'en estoit point dû aux ascendans par Arrest du 1. Mars 1614. qui est le quatriéme de ceux rapportez par Maistre Julien Brodeau sur la lettre L. de Monsieur Loüet, nomb. 1. où elles ne font mention que de la legitime des descendans: telle est la Coutume de Paris: & dans celles-là l'on juge à plus forte raison la même chose: il y en a un Arrest du 18. Juin 1611. rapporté au même endroit Arr. 3. comme aussi un pour la Coutume de Chartres du 17. Octobre 1589. rapporté par Monsieur Loüet au même endroit. Enfin, il est constant au moins, que c'est la derniere Jurisprudence du Palais, quoiqu'il y ait d'anciens Arrests qui ayent jugé le contraire, & donné la legitime aux ascendans, même contre l'Eglise & contre les pauvres, comme l'on voit dans Maistre Anne Robert, liv. 1. chap. 1.

Nonobstant une Jurisprudence si bien établie, la question se pourroit encore former dans une Coutume où le pere seroit seul heritier de son fils *ab intestat*, qui decederoit sans enfans, comme en la Coutume de Tournay, laquelle au titre des successions, art. 7. donne au pere toute la succession du fils, à l'exclusion de tous les collateraux, & comme cette Coutume approche extremement du Droit Romain, en ce qu'elle permet de disposer de tout son bien par testament, & que d'ailleurs elle constituë le pere heritier universel, toutes les raisons de difference & tous les inconveniens qui viennent d'estre proposez, n'auroient point lieu: ainsi il semble qu'il seroit assez juste de donner une legitime au pere dans cette Coutume. 30. Que cette question se pourroit renouveller dans les Coutumes où le pere est seul heritier.

C'est aussi une question fort agitée, sçavoir si l'on doit donner une legitime aux ascendans dans la Coutume de Bourbonnois? Et la raison de douter est, que cette Coutume n'ayant point de disposition précise pour cette legitime, il semble que l'on se doit rapporter à cet égard au Droit commun du Royaume; mais d'un autre côté cette Coutume en l'art. 314. appelle les ascendans *in viriles* avec les freres germains: ainsi elle se conforme au Droit écrit, & c'est sur ce fondement, & parce qu'il y a bien d'autres rapports de cette Coutume au Droit, (dont il y a même quelques vestiges dans le procés verbal,) que plusieurs estiment, que la legitime des ascendans a lieu dans cette Coutume. Ce qu'il faut limiter au respect des donations entre vifs: car comme on ne peut disposer par testament dans cette Coutume, article 291. que de la quatriéme partie de son bien, le pere trouve toûjours sa legitime dans cette reserve. 31. *Quid* en Bourbonnois.

Il y a encore un autre cas, dans lequel on peut douter si l'on ne doit pas quelque secours au pere sur les biens dont son fils a disposé: c'est quand le pere n'a point d'ailleurs de quoy subsister: car comme c'est un devoir au fils que de laisser des alimens à son pere, & que pour se servir des termes du Declamateur en sa cinquiéme declamation, c'est même une espece de restitution, *parentibus verò non præstatis alimenta; sed redditis:* puisqu'enfin il est de l'ordre naturel, que le fils rende au pere dans sa vieillesse, ce que le pere luy a presté dans son enfance; il semble 32. Si le legataire universel du fils doit des alimens au pere. Raisons pour l'affirmative.

que la Loy peut suppléer au deffaut du fils, & reparer, sur les biens qu'il a laissez, une omission si importante, de la même maniere que l'on donne la quarte sur les biens du mari, à la veuve, qui est sans dot & sans biens : & de même que quelques-uns estiment, que quand le decés de la mere a clos le doüaire, la succession de l'ayeul qui est échuë au pere depuis cette closture, ne laisse pas de composer un doüaire de grace aux petits-enfans, qui ne trouvent aucuns autres biens, les dettes du pere absorbant toute sa succession, & n'y ayant point eu de doüaire préfix qui ait esté stipulé : ainsi il semble qu'en l'espece dont il s'agit, nostre Droit se doit conformer au Droit Romain en la Loy finale au §. *ipsum autem* 5. *C. de bon. quæ lib.* & que sans toucher au surplus du legs universel fait par le fils, il en faut diminuer quelque chose, que l'on donnera au pere par forme d'alimens & de pension viagere.

33. Que cette opinion n'est pas reguliere.

Quoique cette opinion soit fort équitable, elle n'est pas reguliere : car le pere ne pourroit venir contre un legataire de son fils que par une action pour sa legitime, qui luy est refusée dans nostre Droit. Que si du vivant de son fils, il pouvoit luy demander des alimens, c'estoit une action qu'il avoit contre luy personnellement, qui estoit fondée sur la pieté naturelle, & qui ne passe point contre un heritier étranger : c'est la disposition précise de la Loy *Si quis à liberis* 5. §. *item rescriptum* 17. *ff. de agnosc. & alend. liber.* qui ajoûte cette exception, que j'estime que nous devons recevoir dans nostre Droit, si ce n'est, dit la Loy, que le pere fût dans une extrême pauvreté, & qu'il n'y eût personne qui fût d'ailleurs obligé de luy prester ce secours. *Item rescriptum est heredes filii, ad ea præstanda, quæ vivus filius ex officio pietatis suæ dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater ductus est.* C'est pourquoy il faut encore apporter cette limitation à nostre Droit, qui refuse la legitime au pere sur les biens de ses enfans. Mais de tels alimens, comme dit Monsieur d'Argentré, sur l'art. 722. gl. 6. se doivent donner selon le besoin, & non pas selon la dignité. C'est ainsi que l'on tempere nostre Droit, qui refuse une legitime aux ascendans, à l'exemple de ce qui a esté dit, que dans la Coutume locale du Vexin le François, où il est dû un relief à toutes mutations, dans le cas que le Seigneur joüisse du fief pendant l'année du decés du pere, il doit sur les fruits de cette année les alimens aux enfans du vassal, s'ils n'en ont point d'autres, l'équité temperant heureusement, en tous ces cas, la rigueur de la Loy municipale.

34. Qu'elle devroit être reçûë neanmoins au cas que le pere fût reduit à la derniere necessité.

35. Recapitulation des exceptions à la regle, que *propres ne remontent point.*

Voilà ce qui concerne la succession des ascendans ; & il resulte des principes cy-dessus établis, que la regle ordinaire, qui dit, que *propre heritage ne remonte point*, reçoit plusieurs exceptions.

La premiere, qu'elle n'a lieu que pour la directe : car les heritages propres peuvent remonter en la collaterale, comme en la personne d'un oncle : aussi l'article 313. de la Coutume de Paris, ne propose cette regle que pour la ligne directe ; mais les propres remontent de telle sorte dans la ligne collaterale, qu'il n'y a que les parens du côté & ligne qui y succedent : ensorte que la regle *paterna paternis* sembloit suffire pour l'une & l'autre ligne : car en vertu de cette maxime la mere devoit estre exclusé des propres paternels, & le pere des propres maternels, & les parens collateraux de même.

La seconde exception est, que les propres remontent aux ascendans par le moyen du droit de reversion, & en ce cas ils remontent jusqu'à la personne de l'ascendant qui a fait la donation, quoiqu'il y ait un autre ascendant du donataire, & du même côté & ligne, qui se trouve entre luy & le donateur : c'est pourquoy si l'ayeul a donné un propre aprés la mort du petit-fils donateur arrivée sans enfans, tel propre apparrient à l'ayeul & non pas au pere.

La troisiéme est, que les ascendans succedent par usufruit aux conquests de leur communauté, lesquels par le decés de l'un d'eux, sont échûs à leurs enfans decedez sans enfans, & sans freres ni sœurs, aux termes des art. 230. & 314. de la Coutume de Paris.

La quatriéme est, que les ascendans succedent aux propres, quand ils sont eux-mêmes du côté & ligne : comme si l'ayeul a donné un immeuble & qu'il soit decedé : car en ce cas le petit-fils donataire decedant sans enfans, le pere comme le plus proche du côté & ligne, sera preferé pour cet immeuble à tous les collateraux.

La cinquiéme est, dans le cas que le fils ait retiré par retrait lignager un propre de sa famille : car alors le pere du côté duquel ce propre procede, est encore preferé à tous les collateraux du fils.

La sixiéme est, au cas que le fils n'ait point laissé d'heritiers de la ligne paternelle ou maternelle : car alors le pere ou la mere succedent aux propres de la ligne défaillante, à l'exclusion des collateraux de son côté.

La septiéme est, que si le fils fait acquisition d'un heritage, lequel par sa mort ait depuis appartenu au petit-fils qui vienne à deceder sans enfans & sans freres & sœurs, l'ayeul succede à cet heritage en pleine proprieté, suivant l'art. 315. de la Coutume de Paris.

La huitiéme est, que si le mari a donné un immeuble à sa femme par contrat de mariage, & qu'un enfant commun ayant succedé à ce propre, vienne à deceder sans enfans, & sans freres ni sœurs, selon l'opinion de plusieurs, le propre retourne au pere.

Au surplus, il y a une regle qui regne toûjours parmi toutes ces sortes de successions, qui sont déferées à divers titres à un même ascendant, & dont nous venons de parler, c'est que quand une fois un ascendant ou un autre heritier, a accepté la succession, il doit prendre tout ce qui luy est déferé par les Coutumes, & qu'il ne doit point diviser les titres divers, qui l'appellent à des biens differens d'une même succession. Ainsi un pere ne peut pas prendre l'usufruit des propres naissans de son fils, & renoncer à la succession des meubles : comme aussi il ne peut pas accepter le droit de reversion, qui est une espece de droit de succession parmi nous, & renoncer en même temps à la succession mobiliaire ; de même un heritier des propres doit prendre necessairement les meubles & acquests, qui luy sont déferez par la renonciation de l'heritier mobilier, ou renoncer luy-même indistinctement à la succession : & même la mere ne peut pas dans le païs de Droit écrit, accepter l'usufruit de la moitié des propres, qui luy est déferé par l'Edit des meres, comme une legitime, & renoncer aux meubles & acquests. Enfin, un ascendant qui se trouve en état de pouvoir succeder aux propres au deffaut d'heritiers de la ligne, ne peut pas se tenir aux meubles & acquests. Et quoique quelques-uns ayent prétendu tirer une induction contraire de l'art. 295 de la Coutume de Paris, qui permet à l'heritier des propres de se tenir aux quatre quints des mêmes propres, & d'a-

36. Que quand une fois on est heritier, il le faut estre de tout ce qui est déferé par les Coutumes.

bandonner le surplus, cet exemple ne donne point d'atteinte à nostre maxime, parceque dans l'espece de cet article il est bien permis à l'heritier des propres de se tenir aux quatre quints, au respect des legataires, & c'est une legitime que la Coutume luy donne contre eux seulement; & pour le débarasser d'avec eux, sans le laisser engager dans la discussion du testament, auquel cas le legataire universel luy laisse ces quatre quints, & s'empare du surplus: ainsi il n'y a rien de vacant.

Que s'il n'y avoit que des legataires particuliers, les creanciers de la succession obligeroient l'heritier de prendre les meubles & acquests, dont le testateur n'auroit point disposé, ou les prendroient eux-mêmes en exerçant ses droits, & s'il y avoit plusieurs heritiers des propres, les coheritiers se pourroient obliger reciproquement à accepter le tout, ou à renoncer à tout. C'est ainsi que dans l'obligation où l'on s'est trouvé, de distinguer divers patrimoines dans une même succession contre la disposition de la Loy *Jurisperitos* au §. *cum oriundus, ff. de excusat. tut.* & cela en faveur des lignes, on a conservé au surplus la maxime du Droit, qui dit, que *pro parte non scinditur hereditas*: ce qui est extremement d'usage dans les Coutumes, où le payement des dettes mobiliaires est attaché à un certain genre de biens. Car, par exemple, en Anjou il seroit fort commode à un pere d'accepter l'usufruit qui luy est déferé par la Coutume, & de renoncer aux meubles, pour s'exempter des dettes mobiliaires; mais cela ne se souffre pas, non plus qu'à un legataire de prendre un legs pur & simple, & de renoncer à un legs onereux, qui luy est fait par le même testament, suivant la Loy 5. *de legat. 2.*

SECTION IX.

De l'accroissement de l'usufruit entre ascendans.

SOMMAIRE.

1. *Si en Anjou il y a accroissement d'usufruit entre les pere & mere.*
2. Quid *en cas de renonciation du pere ou de la mere, qui survivent à leur fils.*
3. *Resolution pour l'affirmative.*
4. Quid *si le pere ou la mere est entré en joüissance.*

1. Si en Anjou il y a accroissement d'usufruit entre les pere & mere.

L'On peut encore demander, si dans les Coutumes dont nous venons de parler, & qui donnent l'usufruit des immeubles aux pere & mere: par exemple, dans la Coutume d'Anjou, l'usufruit accroit entre ascendans, en cas de mort ou de renonciation. Et il faut distinguer trois cas, dont le premier est, lorsqu'à la mort du fils il n'y a que son pere ou sa mere qui survive, &, en ce cas, ces Coutumes donnent expressément le total de l'usufruit au survivant, & notamment la Coutume d'Anjou, art. 270.

2. *Quid* en cas de renonciation du pere ou de la mere, qui survivent à leur fils.

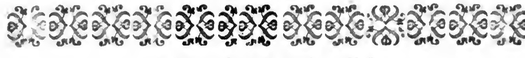
Le second cas est, lorsque les pere & mere survivent à leur fils; mais que l'un des deux renonce à la succession: supposé, par exemple, que le pere & la mere estant separez de biens, le pere renonce, & la mere accepte la succession de son fils, qui a esté legataire d'un sien oncle: Or en ce cas c'est une difficulté assez raisonnable, que de demander si la mere aura le total de l'usufruit des immeubles, ou la moitié seulement? Et il semble qu'elle aura tout, puisqu'elle l'eût eû au cas que le pere fût prédecedé, & que la renonciation gratuite produit le même effet que la mort naturelle, si ce n'est dans les cas de la representation. D'ailleurs les pere & mere sont conjoints *re & verbis* dans ces dispositions de Coutumes, parcequ'elles leur donnent à tous deux un même usufruit: Or la conjonction *re & verbis*, emporte l'accroissement, & il se fait à la personne; & non à la chose en matiere d'usufruit, selon la Loy *Si Titio 33.* au §. *1. ff. de usufr.*

D'autre part l'on peut dire, que les Coutumes ne disposant point précisément de cette espece, c'est suppléer au texte de la Loy que d'y établir ce droit d'accroissement, & que l'on n'infere pas si facilement le droit d'accroissement de la conjonction legale, que de celle qui se fait dans une disposition testamentaire: ce que Maistre Charles du Molin établit sur l'art. 78. de la Coutume de Paris, gl. 4. nomb. 36. & suivant; & la raison est, que la Loy municipale est un contrat, où l'on ne doit rien suppléer. D'ailleurs, la Coutume divise icy en donnant cet usufruit au pere & à la mere, & celle d'Anjou, art. 270. semble même decider l'espece dont il s'agit, *& en deffaut desdits pere & mere, & de chacun d'eux, lesdits biens, meubles & immeubles échéent à leurs plus prochains lignagers en leur ligne collaterale.*

Il faut dire nonobstant cela, qu'en l'espece proposée la mere doit avoir l'usufruit en son entier, soit qu'on regarde l'intention, soit que l'on considere le texte de la Coutume. L'esprit & l'intention de la Coutume est, que cet usufruit serve de consolation aux ascendans, qui sont dans le premier degré, c'est à dire, qui sont disposez à en profiter: & c'est pour cela qu'elle leur donne cet usufruit pour le tout; mais le texte de la Coutume donnant le total de cet usufruit au cas du predecés de l'un des deux ascendans, le donne au cas de sa renonciation: parce que, comme il vient d'estre dit, en tous cas, hors ceux de la representation, la renonciation gratuite a le même effet que la mort naturelle. L'on peut ajoûter qu'en matiere de succession, la conjonction legale produit un accroissement necessaire: quoique l'on pourroit répondre, que cela a plus lieu pour les successions en pleine proprieté, où l'accroissement se fait necessairement à la masse de la succession, que pour celles de l'usufruit où il se fait à la personne, suivant cette Loy *Si Titio 33. §. 1. ff. de usufr.* 3. Resolution pour l'affirmative.

Le troisiéme cas est, lorsque le pere ayant joüi quelque temps de cet usufruit, vient à deceder, & alors il faut dire, qu'il n'y a plus lieu à l'accroissement au profit de la mere: parceque l'usufruit que la Coutume avoit donné au pere est consommé, & par consequent réüni à la proprieté. Guy Pape décis. 204. où il en rapporte un Arrest du Parlement de Grenoble. Chopin sur la 4. *Quid* si le pere ou la mere est entré en joüissance.

Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 3. tit. 2. nomb. dernier. Du Pineau ſur l'art. 270. de la Coutume d'Anjou, quoiqu'il faut demeurer d'accord que le Droit Romain a decidé le contraire en la Loy 1. §. 3. *ff. de uſufr. accreſc.* & la raiſon du Droit eſtoit, que l'uſufruit ſe conſtituoit, & ſe leguoit tous les jours, parce qu'il conſiſtoit dans la joüiſſance actuelle & dans le fait de l'uſufruitier, & que d'ailleurs, quoiqu'accepté, il ne paſſe point aux heritiers; ce qui me ſemble neanmoins une pure ſubtilité: car ſi l'uſufruit ne paſſe point aux heritiers, c'eſt parce que le Droit en eſt fini & conſommé par la mort de l'uſufruitier: & par la même raiſon il ne s'en doit plus faire alors aucun accroiſſement. Et l'on peut dire pour la Coutume d'Anjou en particulier, que quand, en d'autres cas, elle a jugé à propos qu'il y eût accroiſſement entre coheritiers de l'uſufruit, elle l'a ordonné préciſément: comme il ſe voit en l'article 228. où elle decide, que ſi l'un des puînez, heritiers du pere, vient à deceder ſans enfans, ſa portion du tiers qu'il a par bien-fait, c'eſt à dire, par uſufruit ſeulement, accroît aux autres puînez, & ne ſe conſolide pas à ſa proprieté, qui reſide en la perſonne de l'aîné, pourvû que lors du decés de ce puîné, il n'y ait point de partage du tiers des puînez, & qu'ils en joüiſſent encore par indivis.



CHAPITRE VI.

De la Succeſſion des collateraux.

SECTION I.

De la ſupputation des degrez.

SOMMAIRE.

1. *Des regles du Droit Canon & du Droit Civil pour la ligne directe.*
2. *De celle du Droit Civil pour la ligne collaterale égale ou inégale.*
3. *De celle du Droit Canon pour la ligne collaterale égale.*
4. *De celle du même Droit pour la ligne collaterale inégale.*
5. *Quel Droit l'on droit ſuivre pour cette ſupputation.*

1. Des regles du Droit Canon & du Droit Civil pour la ligne directe. IL y a deux choſes à conſiderer principalement dans les ſucceſſions collaterales: la premiere, le degré; la ſeconde, la qualité des biens: & comme le degré concerne auſſi la ſucceſſion directe, quoiqu'il ne faſſe pas ordinairement de queſtion dans cette ligne, c'eſt icy le lieu de preſcrire des regles pour la ſupputation des degrez, qui concernent ce chapitre & les precedens: or ces regles dépendent du Droit Civil, ou du Droit Canon.

Il n'y a qu'une ſeule regle dans l'un & l'autre Droit pour la ligne directe, qui eſt, que l'on compte autant de degrez qu'il y a de generations: par exemple, le pere & le fils ſe touchent au premier degré, parce qu'ils font une generation; l'ayeul & le petit-fils ſe touchent au ſecond degré, parce qu'il y a entr'eux deux generations; & ainſi des autres. Voilà la premiere regle de la ſupputation des degrez.

2. De celle du Droit Civil pour la ligne collaterale égale ou inégale. La ſeconde eſt, que dans le Droit Civil on compte autant de degrez dans la ligne collaterale, égale ou inegale, qu'il y a de perſonnes, en oſtant le chef de ces perſonnes, entre leſquelles le degré ſe compte. Par exemple, pour compter le degré entre deux freres, on trouve trois perſonnes, qui ſont, le pere & les deux freres, que ſi l'on retranche la premiere, il en reſte deux, ainſi les deux freres ſe touchent au ſecond degré: de même les couſins germains ſe touchent au quatriéme, parcequ'il y a cinq perſonnes à compter, qui ſont, les deux couſins, leurs peres, & l'ayeul.

Tellement que le compte des degrez par le Droit Civil eſt fort aiſé, ſe faiſant dans la ligne directe par les generations, enſorte qu'il y ait autant de degrez que de generations; & en collaterale par les perſonnes, enſorte qu'il y ait autant de degrez que de perſonnes, en retranchant neanmoins le chef.

3. De celle du Droit Canon pour la ligne collaterale égale. La troiſiéme regle concerne la ſupputation des degrez dans la même ligne collaterale égale, mais ſuivant le Droit Canon: & elle conſiſte à compter autant de degrez entre deux collateraux égaux, qu'il y en a entre chacun d'eux, & le chef ou la ſouche: par exemple, chacun des freres n'eſtant éloigné que d'un degré du pere, ils ſe touchent reciproquement au premier degré, & chacun des couſins germains n'eſtant éloigné de l'ayeul que de deux degrez, ils ne ſont éloignez l'un de l'autre que de deux degrez. Tellement qu'il y a une notable difference à leur égard entre le calcul du Droit Civil, & celuy du Droit Canon, puiſque le Droit Civil les ſuppoſe éloignez de quatre degrez; & le Droit Canon de deux ſeulement, & ainſi le Droit Civil double en ligne collaterale égale les degrez du Droit Canon.

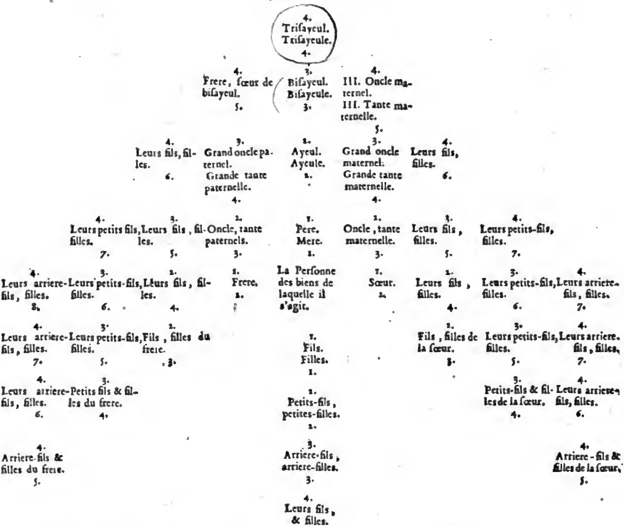
4. De celle du Droit Canon pour la ligne collaterale inégale. La quatriéme régle concerne la ligne collaterale inégale, dans laquelle, ſelon le Droit Canon, l'on compte autant de degrez entre deux collateraux inégaux, qu'il y en a entre celuy des deux qui eſt le plus éloigné, & le chef ou la ſouche. Par exemple, le fils de mon frere eſt éloigné de deux degrez de ſon ayeul, qui eſt mon pere, & qui eſt noſtre ſouche commune, & par conſequent il y a deux degrez entre nous. Le fils de mon couſin germain, que j'appelle *mon iſſu de germain*, eſt éloigné de trois degrez de la ſouche commune, qui eſt mon grand-pere, & qui eſt ſon biſayeul: & par conſequent nous ſommes parens au troiſiéme degré, au lieu que par le Droit Civil nous le ſommes au cinquiéme.

Tellement que dans le Droit Canon cette premiere regle qui concerne la ligne directe, & que a lieu tant pour le Droit Civil que pour le Droit Canon, qui eſt de compter autant de degrez que de generations, vient toûjours en pratique, tant dans la collaterale égale, que dans l'inégale: dans

l'égale, puisque comptant autant de degrez entre deux collateraux égaux, qu'il y en a entre chacun d'eux & la souche commune, l'on compte les degrez qu'il y a entre chacun d'eux & la souche commune, par generations : dans l'inégal, puisque comptant autant de degrez entre deux collateraux inégaux, qu'il y en a entre le plus éloigné des deux & la souche commune, l'on compte encore par generations les degrez qu'il y a entre le plus éloigné & la souche commune.

5. Quel Droit l'on doit suivre pour cette supputatiõ. Que si on demande quel Droit on doit suivre, ou de celuy qui est établi par les Loix Civiles, ou de celuy que les Loix Canoniques prescrivent ; il semble que le Droit Civil est plus exact, en ce que le Droit Canon ne compte pas par exemple, plus de degrez entre deux cousins germains, qu'entre l'oncle & le neveu, & les met tous au second degré : ce qui ne paroist pas assez exact ; au lieu que le Droit Civil suppose que l'oncle & le neveu se touchent au troisiéme degré, & les cousins germains au quatriéme. Rebuffe conclut aussi pour le Droit Civil sur la regle 50. de Chancellerie, sur les mots *super aliquo gradu*. C'estoit l'ancienne supputation, même en fait de mariage, comme l'observe Monsieur Cujas sur la rubrique *de consang. & affin.* & l'on remarque qu'elle a esté suivie jusques au temps de l'Empereur Maurice, du Pape Zacharie, & du Roy Pepin. Mais on suit ordinairement en fait de mariages la supputation Canonique, parce qu'elle est d'un usage necessaire en cette matiere, où l'on observe plus souvent les dispositions Canoniques, *Vid. Joann. And. in 6. decret. Hotom. de gradu consanguin. Joan. Fab.* sur le titre des Instit. *de gradu cognat.* ☞ Il faut conclure qu'en fait de successions, on doit s'attacher au Droit Civil, d'autant plus que le Droit Canon même n'a voulu établir sa supputation que pour la matiere des mariages : jusque-là que le Canon *ad sedem 2.* Cause 35. qu. 5. declare qu'on peut suivre la supputation du Droit Civil pour les successions : aussi est-elle plus exacte, comme il vient d'estre dit ; & Fortin sur l'art. 338. de la Coutume de Paris, la suit expressément, en disant que l'oncle est au troisiéme degré, & le cousin germain au quatriéme. C'est le sentiment de Bartole sur la Loy *si avia C. de success. ed.* & dans son conseil qui commence *Quaeritur utrum gradus*, cela est même special par la succession des fils, suivant le Conseil penult. de Francisc. de Aretin, col. penult.] Voicy neanmoins l'arbre de consanguinité, qui a esté fait selon l'une & l'autre supputation, & où le nombre superieur marque le degré selon la supputation des Canons, & l'inferieur selon la Droit Civil.

ARBRE DE CONSANGUINITÉ SELON LE DROIT CANON, & selon le Droit Civil.



☞ Il y a une maniere à peu prés semblable pour la ligne collaterale égale, & pour l'inégale : c'est de compter toutes les personnes collaterales, sans compter celle qui est entr'elles, comme il paroist dans cet exemple.

Titius.
Mævius. Caius.
Sempronius. Pomponius.
Lucius. Scævola.

Car il n'y a qu'à remonter de Lucius à Sempro-

nius, de Sempronius à Mævius, & sans compter Titius, qui est la personne du milieu, descendre à Caius, de luy à Pomponius, & de celuy-ci à Scævola, d'où on conclura, comptant les personnes, que Lucius & Scævola se touchent au sixiéme degré.

De même si on demande en quel degré Sempronius est parent à Scævola, on trouvera, en comptant les personnes de l'un à l'autre, qu'ils se touchent au cinquiéme degré. Il n'y a pourtant que les noms changez dans cette seconde methode : où on appelle personne du milieu, ce qui dans l'autre s'appelle Chef.]

Pour m'attacher à present à ce qui concerne la succession collaterale, l'on reduit les degrez à trois classes. La premiere, de ceux qui sont égaux au deffunt, & cette classe ne comprend que les freres.

La seconde, de ceux qui sont descendus de ceux qui estoient égaux au deffunt, & cette classe contient les neveux & arriere-neveux.

La troisiéme, de ceux qui estoient égaux aux pere & mere, & ayeuls du deffunt, & de leurs descendans, & cette classe contient les oncles & les cousins. On ne considere point ces classes pour l'ordre des successions; mais les degrez seulement: ainsi les classes succedent les unes avec les autres pourvû qu'elles se trouvent en égalité de degré: Un oncle, par exemple, qui est de la troisiéme classe, succede avec un neveu qui est de la seconde, parce qu'ils sont tous deux au troisiéme degré; si ce n'est en quelques Coutumes, qui singularisent à cet égard, & admettent en ce cas la representation au profit du neveu, qui par ce moyen exclut l'oncle, comme Auxerre art. 243. & Valois art. 87.

SECTION II.

De la concurrence des freres entr'eux, & du double lien.

SOMMAIRE.

1. *Si les freres de differentes lignes partagent par souches ou par testes en païs de Droit écrit.*
2. *Fondement de ceux qui ont voulu établir le partage par souches, ou plûtost par lignes.*
3. *Pourquoy cette opinion n'a pas eu de suite.*
4. *De la Loy* De emancipatis C. de legit. hered.
5. *Du double lien, & qu'il est donné aux freres & aux neveux des deux costez.*
6. *S'il appartient aux oncles & aux tantes des deux côtez : raisons pour l'affirmative.*
7. *Resolution pour la negative.*
8. *Si le double lien a lieu entre les neveux qui succedent à un oncle : resolution pour la negative.*
9. *Objection & réponse.*
10. *Objection tirée de la double fiction, qui a lieu dans l'exclusion du frere consanguin par le neveu, & qui ne se trouve pas dans l'exclusion entre neveux.*
11. *Réponse à cette objection.*
12. *Objection fondée sur la regle* si vinco vincentem te.
13. *Distinction des Coutumes au sujet du double lien.*
14. *Si l'on a dû admettre le double lien dans les Coutumes qui n'en font aucune mention.*
15. *Resolution pour la negative.*
16. *Sentiment de du Molin sur cette question.*
17. *Arrest sur cette question.*
18. *Que la Coutume du Maine a une disposition approchante de celle du droit du double lien.*
19. *Si une Coutume qui admet le double lien en toute succession collaterale, se doit prendre à la lettre.*
20. Quid *à l'égard des propres.*
21. Quid *à l'égard des degrez au delà du neveu.*
22. *Si le double lien a lieu en Poitou à l'infini, comme la representation.*
23. *Raisons pour la negative.*
24. *Raisons pour l'affirmative.*
25. *Resolution de l'Auteur pour la negative.*
26. *Si dans les Coutumes qui donnent le double lien aux freres & aux cousins germains, les neveux le doivent avoir.*
27. *Resolution pour la negative.*
28. *Si dans les Coutumes qui l'admettent* en succession collaterale, comme de freres & sœurs, *les neveux le peuvent prétendre.*
29. *Resolution pour l'affirmative.*
30. *Si dans la Coutume de Nivernois la sœur germaine exclut le frere consanguin, ou si elle est excluse par luy.*
31. *Resolution qu'elle est excluse.*
32. *Pourquoy l'on prefere icy la masculinité au double lien; & que le contraire s'observe dans les Fiefs.*
33. *Comment s'expliquent certaines Coutumes, qui admettent le double lien, jusqu'au degré des oncles & tantes, neveux & niéces.*
34. *Le double lien n'a pas lieu pour les propres.*
35. Secus *dans le païs de Droit écrit, & en la Coutume de Berry.*
36. *Si la sœur germaine exclut le frere consanguin, ou uterin dans les Fiefs.*
37. *Resolution pour l'affirmative.*
38. *Souvent le double lien n'a lieu que pour les meubles, & non pour les acquests.*
39. *Double lien a lieu en fait de substitutions au profit de la famille, & comment.*

1. Si les freres de differentes lignes partagent par souches ou par testes en païs de Droit écrit.

IL n'y a d'exclusion regulierement entre les freres qu'en vertu du double lien dont nous traiterons incontinent : cependant il faut observer, que comme nous avons quelques Coutumes qui donnent moitié des meubles & acquests aux heritiers paternels, & moitié aux maternels, & entr'autres celle de Bourbonnois art. 316. & celle d'Auvergne chapitre 12. art. 61. il y a eu quelques Auteurs qui ont voulu établir un pareil partage entre freres pour le païs de Droit écrit, disant, que quand il n'y a point de freres germains; mais des consanguins & des uterins, il faut donner la moitié de tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, aux freres consanguins, & l'autre moitié aux uterins, en quelque nombre qu'ils soient, & que c'est le partage des lignes.

2. Fondement de ceux qui ont voulu établir le partage par souches, ou plûtost par lignes.

La raison dont ils se sont voulu servir pour appuyer cette opinion, a esté que la Novelle 118. a bien retranché la difference des biens, établie,

ont-ils dit, par la Loy *De emancipatis 13. C. de legit. hered.* mais qu'elle n'a pas osté la difference des lignes, & que la preuve en est dans la même Novelle chap. 2. qui établit, que les ascendans de differentes lignes partagent par souches: & ç'a esté l'opinion de Godefroy sur la Loy *De emancipatis*, où il dit, *Novella 118. vult fratres conjunctos ex utroque latere uterinis, vel paternis tantùm præferri, extantibus uterinis tantum, vel paternis tantum, dividi hereditatem defuncti in semissem, nulla habita origine bonorum.*

3. Pourquoi cette opinion n'a pas eu de suite. Cette opinion ne s'est pas long-temps soutenuë: car l'on a reconnu qu'il n'y a que trois manieres de succeder: ou par proximité de degré; ou par representation; ou par l'affectation des biens à leur ligne: Or les freres consanguins & uterins sont en même degré, & viennent de leur chef: & il n'y a plus de distinction des biens *ex confessis* aux termes de la Novelle: ainsi ils doivent venir par têtes, la succession par ligne n'ayant lieu que quand elle est fondée dans la distinction des biens, ou qu'elle est ordonnée précisément par la Loy, comme à l'égard de la ligne ascendante.

D'ailleurs cette distinction pourroit produire une extreme injustice, au cas, par exemple, que tous les biens d'un défunt procedassent de son pere, & qu'une douzaine de freres-consanguins n'eussent à eux tous que la même portion de ses biens qu'un seul frere uterin: Aussi cette opinion singuliere semble contraire au texte de la Novelle 118. laquelle au chap. 3. appelle confusément les freres consanguins & uterins en ces termes, *In secundo ordine illos fratres ad successionem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto sive per patrem solum, sive per matrem.*

4. De la Loy *De emancipatis C. de legit. hered.* Enfin, quoique l'opinion qui vient d'estre refutée, suppose que la Novelle 118. a abrogé la Loy *De emancipatis C. de legitimis hered.* & que cette Loy faisoit la distinction des biens, neanmoins ce n'est pas une chose constante entre les Docteurs, que cette Loy ait établi cette distinction, & qu'elle ait voulu que les freres consanguins succedassent par preference aux biens paternels, & les uterins aux biens maternels, ce qui sera traité au chap. de la succession des propres, liv. 2. sect. 2. nomb. 1. où nous montrerons que cette Loy n'a jamais établi cette distinction, & qu'en tout cas elle auroit esté abolie en cela par la Novelle 118.

5. Du double lien, & qu'il est donné aux freres & aux neveux des deux costez. Il reste donc le double lien, qui peut faire exclusion entre les freres, & ce droit est un nouvel établissement contraire au Digeste & au Code, & introduit par les Novelles, en un temps où les Gaules estoient sujettes à la Monarchie Françoise, & s'étoient affranchies du joug de l'Empire: c'est pourquoy l'on ne peut pas dire qu'il soit un droit commun; mais c'est un droit particulier pour les Provinces de Droit écrit, ou pour les Coutumes qui l'admettent expressément. La source en est dans les Novelles 118. chap. 3. & 127. chap. 1. dans l'Authentique *cessante C. de legitim. hered.* & dans l'Authentique *Itaque C. communia de successión.* où non seulement les freres germains sont preferez aux consanguins ou uterins; mais même les enfans des freres germains, & il est certain que le privilege du double lien ne s'étend pas plus loin. Aussi c'est luy donner assez d'étenduë, que de preferer les neveux des deux costez, aux freres qui ne sont que d'un costé: & de donner le droit d'exclure, à qui ne peut venir regulierement, que par la fiction de la representation. ☞ Sur la Question si les neveux des deux costez & de diverses branches, excluant un frere consanguin ou uterin, ils partageront aprés cela par souches ou par testes. Il faut voir la Sect. 4. de ce même Chap. n. 3.]

6. S'il appartient aux oncles & aux tantes des deux côtez: raisons pour l'affirmative. Ç'a esté une question fort importante, sçavoir si ce privilege devoit estre donné aux oncles ou aux tantes des deux costez? Car on disoit pour l'affirmative, que la Novelle l'ayant établi en faveur des neveux, sembloit presupposer qu'il avoit aussi lieu en faveur des oncles, puisqu'ils sont corelatifs, & que la raison est égale, & que si le neveu des deux costez excluoit le frere consanguin ou uterin; à plus forte raison l'oncle des deux côtez devoit exclure l'oncle d'un seul costé, c'est à dire, le frere consanguin ou uterin du pere ou de la mere de celuy *de cujus bonis*: Que la raison estoit égale dans la ligne inferieure ou superieure, & que si le neveu sembloit plus proche quand il estoit fils du frere germain, l'oncle l'estoit aussi quand il estoit frere germain du pere. Que la presomption de l'affection estoit aussi égale, le neveu estant presumé preferer son oncle germain, comme l'oncle est censé avoir de la prédilection pour son neveu des deux costez, c'est à dire, le fils de son frere germain, qu'enfin l'Empereur a parlé de la succession du neveu prealablement à celle de l'oncle, parce qu'elle est plus naturelle & plus ordinaire: ce qui n'empesche pas qu'elles ne soient corelatives, & que ce qui est decidé pour l'une, ne doive avoir lieu pour l'autre.

7. Resolution pour la negative. D'autre part l'on a consideré, que le Droit ancien ne donnoit point de privilege au double lien, que ç'a esté un établissement du nouveau Droit, lequel, comme une exception du Droit commun, doit estre renfermé dans le cas de la Novelle, c'est à dire, qu'il ne doit point passer les freres & les enfans des freres qui viennent par representation, & sont alors reputez au même degré que les freres.

Le cas de la succession de l'oncle n'est point dans la Novelle, & il ne represente jamais le frere: par consequent, il n'a point ce privilege; au contraire la Novelle 118. chap. 3. parle en termes limitatifs, lorsqu'elle dit, *hujusmodi verò privilegium, in hoc ordine cognationis, solis præbemus fratrum masculorum & fœminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant, nulli enim alii omnino personæ in hoc ordine venienti hoc ut largimur:* ainsi elle ne se peut étendre à la succession des oncles, & c'est le sentiment de Monsieur Cujas, en sa Consultat. 4. & ce qui a esté jugé par Arrest du 19. May 1618. qui est un des Arrestez de la Cinquiéme, entre deux tantes succedant à leur niéce, dont l'une estoit sœur germaine de la mere; & l'autre sœur uterine seulement.

8. Si le double lien a lieu entre les neveux qui succedent à un oncle; resolution pour la negative. Il faut dire par la même raison, qu'entre neveux succedant à un oncle, l'on ne doit point considerer le double lien, c'est à dire, que l'on ne doit pas preferer en cette espece les neveux qui sont enfans d'un frere germain, à ceux qui sont enfans du frere consanguin ou uterin.

9. Objection & réponse. Sur quoy l'on ne manquera pas de demander pourquoy ces neveux, qui sont enfans d'un frere germain, excluent les freres consanguins ou uterins, qui ont un degré sur eux, & qu'ils n'excluent pas d'autres neveux enfans d'un frere consanguin ou uterin, qui sont en égal degré? A quoy il faut répondre, que les neveux sont reputez en même degré que les freres par le benefice de la representation, & qu'ils entrent par cette voye dans le degré, auquel on a accordé le droit du double lien.

10. Objection tirée de la dou- L'on pourra insister & dire, que le neveu, fils d'un frere germain, semble devoir plutost exclure

ble fiction qui a lieu dans l'exclusion du frere consanguin par le neveu, & qui ne se trouve pas dans l'exclusion entre neveux.

le neveu que le frere consanguin: parce que pour exclure le frere consanguin ou uterin, il a besoin des deux fictions ou deux privileges, contre la maxime ordinaire, l'un pour venir par representation; & l'autre pour donner l'exclusion à celuy qui est plus proche en degré.

11. Réponse à cette objection.

Je répons, que la maxime ordinaire cesse, quand la seconde fiction est une dépendance de la premiere, & qu'elle est plûtost l'effet de la premiere; que non pas une seconde fiction: ce qui est assez bien marqué dans la Novelle 118. chap. 3. où aprés que l'Empereur a établi en ces termes la rapresentation en faveur des enfans des freres. *Si autem defuncto fratres fuerint, & alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti, cum de patre & matre thiis masculis & fœminis, & quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem; quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset;* il continuë, & tirant son argument de la representation pour la preference des enfans des freres des deux costez, aux freres qui ne sont que d'un costé, il dit immediatement aprés les termes qui viennent d'estre rapportez: *Unde consequens est, ut si fortè præmortuus frater cujus filii vivunt, per utramque partem nunc conjuncte personæ jungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsan, aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiis, licet in tertio sint gradu.* Ainsi ce droit d'exclusion est icy une suite & un effet du droit de representation, & l'on permet aux enfans des freres germains d'exclure les freres d'un seul costé, parce qu'on les admet à la place de leur pere à titre de representation. C'est ainsi qu'en Droit l'on peut adopter tout ensemble, le pere & le fils, parce que l'adoption du fils est une suite & un effet de l'adoption du pere. *L. adoptionis ff. de adopt.* & le tout ne passe que pour une même fiction.

12. Objection fondée sur la regle *si vinco vincentem te.*

On peut derechef insister & dire, que si le neveu, fils d'un frere germain, donne l'exclusion au frere consanguin ou uterin, à plus forte raison il la doit donner à son fils par la regle *si vinco vincentem te, multò magis te vinco.* A quoy l'on peut répondre, qu'outre que les Docteurs remarquent beaucoup de cas, dans lesquels cette maxime n'a point lieu, par exemple, en la Loy *æquissimum 5. §. si ex filio ff. ad Senatusc. Tertyll.* l'on doit dire icy que cette maxime ne fait point que le privilege du double lien ait lieu entre les neveux du défunt, venant tous en égal degré; mais dont les uns sont enfans d'un frere germain; les autres d'un frere consanguin ou uterin: parce que quand les enfans d'un frere germain viennent avec le frere consanguin, ils sont reputez estre dans le degré, dans lequel le double lien a lieu, & cela par l'effet de la representation; mais quand ils viennent avec d'autres neveux du défunt, ils ne sont plus dans ce même degré, dautant que venant en égal degré, ils n'ont pas besoin de representation, & ne sont point par consequent dans le degré du double lien. Aussi je vois que cette question se juge ainsi au Parlement de Toulouse, comme on lit dans Monsieur d'Olive, liv. 5. chap. 35.

13. Distinction des Coutumes au sujet du double lien.

Pour examiner à present quel est nostre usage sur cette matiere, on peut présupposer qu'il y a trois sortes de Coutumes dans le Royaume: La premiere, de celles qui admettent le privilege du double lien: la seconde, de celles qui le rejettent: la troisiéme, de celles qui n'en parlent point.

Entre les Coutumes qui l'admettent, il y en a qui limitent le privilege en la personne des freres & sœurs. Poitou art. 295. Saint Quentin article 50. d'autres l'étendent aux freres & sœurs, & leur representation, comme la Coutume de Saint Jean d'Angely, art. 98. & Tours art. 289. Il y en a d'autres qui donnent le double lien aux oncles & aux tantes, aux neveux & aux niéces, comme la Coutume de Dreux, art. 90. & celle d'Orleans, art. 330. Il y en a d'autres qui l'admettent entre les freres & les cousins, comme la Coutume de Troyes, art. 93. confirmée en cela par un Arrest du 18. Juillet 1674. d'autres l'admettent tant que la ligne des freres dure, soit par representation ou autrement: & c'est la disposition de l'article 317. de la Coutume de Bourbonnois: d'autres enfin disent en general, que le privilege du double lien a toûjours lieu en ligne collaterale, comme la Coutume de Peronne, art. 189. celle de Montargis chapitre 15. article 12. & celle de Blois art. 155. mais ces Coutumes particulieres seront expliquées dans la suite: enfin, il y en a qui n'admettent le double lien que pour les propres, comme la Coutume de Bourges titre des successions, article 6.

Entre les Coutumes qui rejettent le double lien, il y en a qui le rejettent expressément, & ce sont les Coutumes de Paris, art. 340. & 341. de Melun, art. 360. de Châlons, art. 89. d'Estampes, art. 127. de Sens, art. 83. d'Auxerre, art. 240. de Senlis, art. 168. & quelques autres. Il y en a d'autres qui le rejettent indirectement, comme la Coutume du Maine, art. 286. celle d'Anjou, celle de Lodunois, chap. 9. art. dern. sur lesquelles il faut voir les Notes de Maistre Charles du Molin: & ces Coutumes rejettent indirectement le privilege du double lieu, parce qu'elles partagent les meubles & acquests entre les heritiers paternels & les maternels, donnant les trois quarts des meubles & acquests au frere germain, & un quart à l'uterin, ou au consanguin.

Enfin, les Coutumes qui ne font point mention du double lien, sont celle de Bretagne & plusieurs autres.

La premiere question qui se presente sur cette matiere, est de sçavoir si l'on doit admettre le double lien dans les Coutumes qui n'en font aucune mention, c'est à dire, qui ne l'admettent & ne le rejettent ni directement, ni indirectement: & la raison de douter est, qu'encore que ces Coutumes n'en parlent pas, il y en a tant d'autres qui établissent ce droit, qu'il semble qu'il soit devenu un droit ordinaire: & ç'a esté sur un pareil fondement, que dans les Provinces de Droit écrit l'on a admis l'exclusion de l'heritier beneficiaire en collaterale, en faveur de l'heritier pur & simple, quoique cette exclusion n'ait point lieu dans le Droit Romain, ce qui sera établi au chapitre du benefice d'inventaire. D'ailleurs, ce droit & ce privilege semble fondé dans la nature, qui inspire une affection plus particuliere pour les freres germains, que pour les consanguins & les uterins. 14. Si l'on a dû admettre le double lien dans les Coutumes qui n'en font aucune mention.

Il faut dire nonobstant cela, que ce droit ne doit point estre admis dans les Coutumes qui n'en parlent pas, & qui ne l'admettent & ne le rejettent ni directement, ni indirectement: parce que non-seulement la Coutume de Paris, & la plûpart de celles du Royaume, ne l'admettent point; mais il n'est pas même établi par le Droit du Digeste ou du Code, & l'on ne peut trop repeter que les Novelles de Justinien, que l'on appelle le Droit tres-nouveau, n'ont point en France la même autorité que l'ancien & le nouveau Droit, comme ayant esté faites en un temps auquel on ne recevoit point parmi nous les Loix 15. Resolution pour la negative.

des Empereurs, & auquel la Monarchie des François dans les Gaules, étant bien établie, ils suivoient des Loix particulieres, dont la Loy Salique, & depuis les Capitulaires, ont esté composez. Ensorte que ces Novelles n'ont pas même obligé es Provinces qui avoient conservé le Droit écrit, & qui ne les ont suivies que volontairement & avec une pleine & entiere liberté: d'où il faut conclure, que les Novelles de Justinien ne sont point le Droit commun en aucun endroit de la France, & encore moins dans les païs de Coutumes. Et c'est sur ce fondement que l'on a jugé, que dans les Coutumes qui n'en ont point de disposition précise, la representation n'a point lieu en ligne collaterale, non pas même en faveur du neveu, succedant avec son oncle frere du deffunt.

Enfin, ce qui me détermine le plus à dire, que le double lien ne se doit pas observer dans les Coutumes qui n'en parlent point; c'est en premier lieu, que dans la regle generale un cas obmis par une Coutume ne doit point estre suppleé, selon Monsieur d'Argentré sur l'article 166. de la Coutume de Bretagne, gl. in verb. *il en fait une bannie*, nomb. 3. & selon la maxime ordinaire, qui dit, que *Casus obmissus remanet in dispositione juris communis*, qui est tirée de la Loy *commodissimè ff. de lib. & posth.* En second lieu, l'autorité de la Coutume de Paris, à laquelle il semble que l'on se doit conformer autant qu'il est possible. Et en troisiéme lieu, que dans les Coutumes qui parlent du double lien en general, on ne supplée pas les cas particuliers qui ont esté obmis. Ainsi nous dirons incontinent que dans la Coutume de Troyes, qui donne le double lien aux freres & aux cousins, les neveux venant avec leurs oncles freres du deffunt; n'ont point le privilege du double lien: Aussi Automne sur la Loy 3. *C. de suis & legit.* dit, que l'on ne suit point le double lien dans le Parlement de Bordeaux, parce que c'est un païs de Coutume.

16. Sentiment de du Molin sur cette question.

Quelques-uns de ceux qui ont voulu autoriser cette opinion du suffrage de nos Docteurs François, ont un peu confondu: car il les ont citez sur des Coutumes qui rejettent le double lien directement ou indirectement; & ce n'est pas nostre question: ainsi les Notes de Maistre Charles du Molin sur la Coutume du Maine & autres semblables, sont étrangeres: & il est certain que le double lien n'a pas lieu dans ces Coutumes: neanmoins sur l'ancienne Coutume d'Amiens qui n'en parloit point, il dit, *non est hic locus representationi nec duplicitati vinculi, ut consilio meo judicatum fuit die 26. Jann. 1535.* & sur l'article 105. de la Coutume d'Artois, qui établit le double lien, il dit, que cette Coutume de double lien, est presque generale dans le Royaume, & qu'elle est juste, *hac est aqua & ferè generalis in Galliis*, & sur l'article 12. du chap. 15. de la Coutume de Montargis, il dit, que cette Coutume, en ce qu'elle établit le double lien pour les meubles & acquests, est plus juste que celle de Paris; mais non pas en ce qu'elle l'établit pour toute sorte de biens: ainsi il n'est pas bien certain de quel avis estoit Maistre Charles du Molin sur cette question.

17. Arrest sur cette question.

Mais il y a un Arrest pour la Coutume de Berry en datte du Jeudy 8. Février 1601. & rapporté par Ragueau sur cette Coutume, tit. 19. art. 2. & par Maistre Julien Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 17. Arr. 5. qui juge, que le double lien n'a point lieu dans cette Coutume; parce qu'elle n'en fait point mention précisément à l'égard des meubles & acquests, l'établissant seulement pour les propres en l'art. 6. du même titre, duquel Maistre Charles du Molin avoit conclu, que le double lien devoit avoir lieu à plus forte raison pour les meubles & acquests, *ergo à fortiori in bonis indifferentibus*, & ce qui rend ce préjugé plus considerable, est que l'on sçait que la Coutume de Berry tient beaucoup de la disposition du Droit Romain, quoique Belordeau en ses observations Forenses, liv. 2. part. 2. chap. 25. allegue des Arrests contraires.

18. Que la Coutume du Maine a une disposition approchante de celle du droit du double lien.

Pour ce qui est de la Coutume du Maine & ses semblables, il est certain, que le double lien n'y a pas lieu; mais comme elles admettent la representation, tant que l'on peut montrer lignage, & qu'elles partagent les meubles & acquests d'un deffunt en deux moitiez égales, dont l'une appartient aux heritiers paternels, l'autre aux maternels, en quelque degré qu'ils se trouvent, cela fait qu'un frere germain se trouvant en concurrence avec un frere uterin dans la succession d'un frere commun, le germain a neuf onces dans les meubles & acquests, dont les douze font le tout, & l'uterin les trois onces restans: car le germain prend d'abord la moitié composée de six onces, comme heritier paternel, puis trois onces dans l'autre moitié, comme heritier maternel, & c'est le sujet de la Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 286. de la Coutume du Maine, laquelle il conclut en disant, *his enim consuetudinibus sublatum est jus duplicis vinculi, jure Novellarum tantum introductum:* parce qu'en effet le frere germain n'exclut pas le frere uterin par le double lien; mais il a une portion plus avantageuse, estant des deux costez.

19. Si une Coutume qui admet le double lien en toute succession collaterale, se doit prendre à la lettre.

En passant des Coutumes qui ne parlent point du double lien à celles qui l'admettent indéfiniment, il faut examiner une autre question, qui est de sçavoir si ces Coutumes devoient s'observer suivant leur sens litteral, & si le double lien y doit avoir lieu en toutes successions collaterales; par exemple, il faut poser l'espece dans la Coutume de Montargis, qui dit en l'article 12. du chap. 15. qu'en toute succession collaterale, en pareil degré, les parens conjoints *ex utroque latere*, forclotront les autres parens *ex altero tantum:* ou dans la Coutume de Peronne, ou dans celle de Blois, qui ont des dispositions à peu prés semblables. En quoy il y a une double difficulté de sçavoir, 1. si cette disposition comprend toute sorte de biens, même les propres. 2. Si elle s'étend audelà de la Novelle 118. à l'égard des personnes, c'est à dire, audelà des freres & des enfans des freres, venant avec leurs oncles.

20. Quid à l'égard des propres.

A l'égard de la premiere difficulté, elle ne peut déja pas avoir lieu dans la Coutume de Peronne, laquelle en l'article 189. admet bien le privilege du double lien en toutes successions collaterales; mais elle le limite précisément aux meubles & acquests: ainsi il la faut examiner dans la Coutume de Montargis, dans laquelle Maistre Charles du Molin a estimé, que le privilege du double lien comprenoit toute sorte de biens: car il dit sur l'art. 12. du chap. 15. *hac consuetudo justior est Parisiensi, nisi in herediis, in quibus consuetudo Parisiensis justior est.*

J'estime cependant que les propres ne doivent jamais estre compris dans le privilege du double lien, si la Coutume n'en dispose expressément, comme fait celle de Berry au titre des successions art. 6. & que sans cela celuy qui a l'avantage du double lien, ne doit point estre preferé dans les propres: parce que la condition naturelle des propres est seulement, qu'ils soient attachez à une

certaine ligne: or le frere consanguin, par exemple, n'est pas moins de la ligne des propres paternels, que le frere germain : ainsi il n'y a point d'apparence qu'une Coutume sous ces termes, *en toute succession collaterale*, ait compris les propres; mais il semble qu'elle ait plûtost compris les degrez de succession, au moins ceux qui sont dans la Novelle; & c'est ce que je vois avoir esté jugé pour la Coutume de Blois, qui est conçûë en ces mêmes termes, par deux Arrests, l'un rendu par la Cour séant à Tours, & prononcé le 20. Février 1593. lequel est rapporté par Maître Jean Bacquet des Droits de Justice, chap. 15. nomb. 8. l'autre du 31. May 1636. rapporté dans le Journal de du Fresne, liv. 2. chap. 110.

Lhoste sur la Coutume de Montargis, atteste que l'usage est contraire à cette décision; mais il en cite un seul Arrest qu'il dit estre dans le liv. 12. des Réponses de Charondas, chap. 156. au lieu que ce livre n'a que 67, chapitres. Que si l'on recherche la source de ce prétendu usage, c'est le texte de la Coutume; ou la Note de Maître Charles du Molin. Pour le texte de la Coutume, il vient d'être expliqué, & ces mots *en toute succession*, se doivent entendre de tous les degrez de succession portez par la Novelle.

Pour la Note de Maître Charles du Molin, qui dit, *hac consuetudo justior est Parisiensi, nisi in heredüs, in quibus consuetudo Parisiensis justior est*, elle ne veut dire autre chose, sinon que la Coutume de Lorris est plus juste que celle de Paris, en ce que celle de Lorris établit le double lien, qui est fondé sur l'affection naturelle; mais que la Coutume de Paris est plus juste que celle de Lorris, en ce qu'elle étend davantage la regle *paterna paternis*, desirant seulement que l'on soit du côté & ligne, pour pouvoir succeder aux propres.

Pour ce que dit Lhoste en cet endroit, que cette Coutume a suivi le Droit écrit, en donnant tous les biens au double lien, c'est une chose absolument contraire à la Coutume, qui admet la distinction des propres, & qui est souchere.

21. *Quid* à l'égard des degrez audelà du neveu. A l'égard de la seconde difficulté, de sçavoir si sous ces termes, *en toute succession collaterale*, tous les degrez de la collaterale sont compris? Il semble que l'on pourroit conclure pour l'affirmative, & que cette explication seroit assez naturelle: car qui dit tout, n'excepte rien; & neanmoins il y a apparence que les Redacteurs de ces Coutumes n'ont voulu comprendre que les degrez dont il est parlé dans la Novelle, la recherche du double lien dans les degrez plus éloignez, estant plus penible, & estant une occasion frequente de procés: Aussi la chose a esté jugée de cette maniere pour la Coutume de Blois dans la cause du sieur de Villebrames, par un Arrest rapporté par Maître Charles du Molin, sur l'art. 155. de cette Coutume.

C'est aussi de cette maniere qu'il faut expliquer l'art. 317. de la Coutume de Bourbonnois, qui dit, que le double lien a lieu tant qu'il y a des descendans du frere germain : ce qui ne l'établit pas en toutes successions collaterales, comme quelques-uns ont crû, mais seulement quand il s'agit de la succession d'un frere, qui est à partager entre des descendans d'un frere germain, & des descendans d'un frere consanguin ou uterin.

22. Si le double lien a lieu en Poitou à l'infini comme la representation. Cette question me fait souvenir d'une qui est presentement pendante en la cinquiéme des Enquestes, en interpretation des articles 277. & 295. de la Coutume de Poitou, dont le premier admet la representation à l'infini en ligne collaterale: & le second, supposant qu'il y a trois freres, dont deux germains, & l'autre consanguin ou uterin, il dit, que si l'un des deux germains vient à deceder, l'autre germain ou qui le represente, exclura le consanguin ou l'uterin, surquoy l'on demande si le petit-neveu du decedé, petit-fils du frere germain aura ce droit de double lien; ou s'il le faut limiter au degré du neveu, suivant la Novelle?

23. Raisons pour la negative. Pour montrer que le petit-neveu ne doit pas avoir le double lien, on se sert de plusieurs argumens: car on dit, que c'est accumuler deux droits exorbitans, que d'admettre la representation & le droit du double lien à l'infini. Que si l'article 277. de la Coutume a étendu le droit de representation audelà de la Novelle, il ne s'ensuit pas que l'art. 295. sous le mot de *representation*, ait entendu parler de la representation à l'infini: parce qu'il n'est pas reputé avoir voulu accumuler ces deux privileges. Mais on doit croire que parlant d'un droit établi par la Novelle, il s'est proportionné à la Novelle, qui n'admet point le droit du double lien audelà de la personne de l'enfant du frere germain. En effet, on a bien jugé que dans les Coutumes qui admettent le droit du double lien en toutes successions collaterales, ce droit ne passoit point la personne du neveu, & ce qui marque que l'on incline plus à limiter & restraindre; que non pas à étendre ce droit, c'est que l'on a jugé que dans les Coutumes qui le donnent aux freres & aux cousins germains, les neveux ne le doivent pas avoir.

24 Raisons pour l'affirmative. D'autre part l'on dit, & avec beaucoup d'apparence de raison, que la Coutume de Poitou a une fois établi la representation à l'infini, & qu'elle n'aura pas deux representations, l'une pour les successions en general; l'autre pour le double lien, que quand elle dit en l'article 295. que le frere germain ou son representant a le droit du double lien, il ne reste qu'à chercher qui peut estre le representant, suivant cette même Coutume, & qu'ainsi on le doit chercher en tous degrez suivant l'art. 277. Qu'aussi la Coutume de Bourbonnois disant en l'art. 317. que le double lien a lieu, tant qu'il y a des descendans du frere germain, l'on a jugé, que pour l'execution de cet article, on pouvoit aller audelà du degré de la Novelle, & que pourvû qu'il s'agît de la succession d'un frere germain, tous les descendans d'un autre frere germain pouvoient avoir ce droit.

25. Resolution de l'Auteur pour la negative. Cette question estant indécise, au rapport de Monsieur le Camus la Touche, je n'entreprens pas de prévenir la décision de l'Arrest; mais il semble que si l'on est obligé de convenir que la representation à l'infini est un droit exorbitant, & que le double lien à l'infini est aussi un droit extraordinaire, l'on doit en même temps faire tout ce qui se peut, pour empescher que ces deux droits ne concourent & ne s'accumulent en un même sujet, ce qui se fait dans la premiere opinion. Je ne vois pas même plus d'inconvenient que l'on établisse une representation de droit pour le double lien, où il y en a une coutumiere generale, qu'il y en auroit à établir une legitime de droit dans les Coutumes, qui ont une legitime coutumiere; c'est à dire, qui reduisent la disposition des biens à une certaine quotité, ce qui se fait neanmoins. D'ailleurs, ce qui a esté jugé à l'égard de la Coutume de Blois, qui admet le droit du double lien en toute succession collaterale, nonobstant quoy on a reduit ce droit dans cette Coutume, au degré de la Novelle, me sem-

ble estre un préjugé important pour cette question. Aussi je vois que du Pineau sur l'art. 268. de la Coutume d'Anjou, compte la Coutume de Poitou entre celles qui n'admettent le double lien qu'entre des freres & sœurs, & des neveux & niéces. Enfin, dans la même Coutume de Blois qui vient d'estre citée, l'art 139. donnant la faculté de rappeller en ligne collaterale indéfiniment, l'on a restraint ce rappel aux termes de Droit, comme Pontanus le remarque sur cet art. & sur le mot *poterit*. Au reste, ce double lien à l'infini, c'est à dire, ce droit se donnant aux representans à l'infini, seroit une source inépuisable de procés, dont on arreste le cours en le fixant aux termes de la Novelle: il est vray que Constant sur cet art. 295. de la Coutume de Poitou, a rapporté un Arrest, quoique sans datte, par lequel il prétend, que le double lien a esté étendu jusqu'aux petits-neveux; mais il paroît assez que dans le procés de la cinquiéme des Enquestes, on n'a pas fait grand fonds sur cet Arrest: puisque j'apprens que par Arrest du 20. Mars 1685. l'on a ordonné qu'il seroit informé sur l'usage de l'art. 295.

26. Si dans les Coutumes qui donnent le double lien aux freres & aux cousins germains, les neveux le doivent avoir.

On peut encore demander si dans les Coutumes qui donnent le double lien entre freres & cousins germains, comme fait la Coutume de Troyes, art. 93. & celle de Nivernois, tit. des success. art. 16. le neveu fils du frere germain peut exclure dans les meubles & acquests le frere consanguin ou le frere uterin? Et la raison de douter est, qu'il semble qu'une Coutume admettant une fois le droit du double lien, & ayant obmis quelque cas particulier, il doit estre suppleé par la Novelle 118. chap. 3. Or elle établit que les neveux des deux côtez excluent les freres consanguins ou uterins: & il y a d'autant plus d'apparence de suivre le Droit Romain en ce rencontre, que ce que nous avons de cette matiere dans nos Coutumes, nous le tenons tres-assurément du Droit. Enfin ces deux Coutumes portant le double lien audelà du degré de la Novelle, qui ne l'établit point entre les cousins germains; mais seulement entre les freres & les neveux venant avec les freres, il semble que l'on doit juger qu'elles entendent l'établir, à plus forte raison dans les degrez de la Novelle.

L'on peut ajoûter, que ce n'est point admettre deux privileges en un même sujet, le benefice de la representation, & le privilege du double lien; mais que le dernier est l'effet du premier, comme l'on juge dans les autres Coutumes que celle de Paris, que ce n'est point admettre deux privileges, que de permettre au neveu d'exclure sa tante dans les Fiefs. Enfin, Maître Charles du Molin a esté de cet avis sur l'art. 91. de la Coutume de Dreux.

27. Resolution pour la negative.

Il faut dire cependant que dans ces Coutumes, le frere d'un seul côté vient concurremment avec le neveu des deux côtez, par la seule raison que cette espece n'est point comprise dans leur disposition, ce qu'elles ont pû affecter, afin de n'établir le double lien qu'en égal degré, ne voulant pas que celuy qui vient par representation, ait le droit d'exclure ceux qui sont nez dans un degré plus proche du défunt: de la même maniere que dans la Coutume de Paris on n'a pas jugé à propos, que le fils du frere pût exclure sa tante sœur du défunt dans les fiefs de la succession. Aussi il n'y a aucune apparence de s'attacher au Droit Romain dans les cas obmis dans ces Coutumes: car 1. c'est icy une matiere de rigueur. 2. La Novelle qui établit le double lien, n'est pas nôtre Droit commun. 3. Ces Coutumes s'éloignant formellement de la disposition de la Novelle, en ce qu'elles admettent le double lien entre les cousins germains, l'on peut dire qu'elles se font, à cet égard, un droit particulier, & entierement indépendant de la disposition du Droit Romain. Maître Pierre Pithou rapporte une Enqueste par turbes qui fut faite sur ce sujet pour la Coutume de Troyes, & dans laquelle les Turbiers déposerent n'avoir jamais vû qu'à Troyes, ni à Bar-sur Seine, les neveux des deux côtez eussent donné l'exclusion aux freres d'un seul côté: Aussi la chose a esté ainsi jugée pour cette Coutume par Arrest du 16. Avril 1622. rapporté dans le même Auteur sur l'art. 93. & par le Grand sur le même art. gl. 1. nomb. 8. & aussi pour la Coutume de Vitry, par Arrest du 24. Avril 1615. rapporté par le Commentateur de Monsieur Loüet, sur la lettre S. nomb. 17. Arr. 8. Quoiqu'il y ait un Arrest contraire pour la même Coutume de Troyes rendu en 1674. le 18. Juillet, qui a donné l'exclusion aux freres & aux neveux d'un seul côté en faveur des neveux des deux côtez.

L'on peut aussi demander si dans les Coutumes, qui établissent le double lien en ces termes, *en succession collaterale, comme de frere ou sœur*, ce qui est le langage de la Coutume de Château-neuf, art. 127. & de celle de Dreux, art. 90. les neveux ont ce privilege, & en quels cas? Et il faut déja dire, que les neux venant entr'eux n'auront point le droit du double lien. Ensorte que ceux qui sont enfans d'un frere consanguin ou uterin, viendront concurremment avec ceux qui sont nez d'un frere germain. Toute la difficulté consiste donc à sçavoir si dans ces Coutumes les neveux des deux côtez excluront les freres consanguins ou uterins: Et la raison de douter est, que nous avons plusieurs Coutumes dans le Royaume, qui n'admettent le privilege du double lien qu'en égal degré, comme la Coutume de Montargis, chap. 15. art. 12. ce que l'on a prétendu autrefois devoir avoir lieu dans la Coutume d'Orleans, dont on dit que le cahier avoit esté falsifié, & le mot *en pareil degré* effacé: & comme ce seroit en quelque façon accumuler deux privileges, que de donner tout à la fois le droit de representation & celuy d'exclusion en vertu du double lien, il y a quelque sujet de contester que dans ces Coutumes, le neveu enfant d'un frere germain, doive exclure le frere consanguin: de la même maniere que l'on n'a pas voulu que le neveu pût exclure sa tante dans les Fiefs d'une succession, à cause qu'il ne vient à son égard que par le benefice de la representation.

28. Si dans les Coutumes qui admettent *en succession collaterale, comme de freres & sœurs*, les neveux le peuvent prétendre.

Il faut dire cependant que dans ces Coutumes le neveu venant avec ses oncles freres du défunt, peut avoir le benefice du double lien à leur égard: parce que ces Coutumes ne proposent les freres que par maniere d'exemple: d'où il suit qu'elles portent leur disposition plus loin: or il vaut mieux que ce soit à l'égard des neveux venant avec leurs oncles freres du défunt, que non pas que ce soit à l'égard des mêmes, lorsqu'ils sont en concurrence avec d'autres neveux: Car le droit de double lien entre cousins est un droit exorbitant, & qui n'est conforme ni au Droit commun du Royaume, ni au Droit Romain, selon Ferrerius sur Guy Pape, qu. 134. Quoique Monsieur Cujas sur la Novelle 118. ait esté d'avis qu'il étoit compris dans la Novelle; mais son opinion n'a pas esté suivie: Aussi Maître Charles du Molin, sur l'art. 90. de la Coutume de Dreux, a estimé qu'il devroit s'étendre aux enfans des

29. Resolution pour l'affirmative.

freres, *hic §. locum habet in filiis fratrum per interpretationem extensivam art. 196. supra eod.* ce qu'il a entendu des neveux venant par representation, comme il se peut recueillir de la Note du même Auteur sur l'art. 155. de la Coutume de Blois.

30. Si dans la Coutume de Nivernois la sœur germaine exclut le frere consanguin, ou si elle est excluse par luy.

Il se presente une autre question à l'égard de la Coutume de Nivernois, laquelle en l'art. 14. du titre 34. exclut la sœur de la succession en faveur du frere; & en l'art. 16. du même titre, elle donne le double lien au frere germain sur le frere consanguin ou uterin, pour sçavoir si la sœur germaine doit être excluse par le frere consanguin, ou si la faveur de la masculinité doit prevaloir sur la faveur du double lien. Et la raison de douter est, que cette Coutume semble extremement favorable au double lien: puisque, contre la disposition du Droit commun, elle veut qu'il ait lieu entre cousins germains, ce qui

31. Resolution qu'elle est excluse.

étoit l'opinion singuliere de Monsieur Cujas; mais comme elle fait une regle indéfinie en l'art. 14. de l'exclusion de la sœur par le frere, & que le frere d'un seul côté, ne laisse pas d'estre veritable frere: vû d'ailleurs que dans l'art. 16. elle n'appelle les sœurs qu'entr'elles seulement, au préjudice du double lien, l'on peut conclure de ces deux articles, que cette Coutume n'a pas entendu preferer la sœur germaine au frere consanguin ou uterin; mais au contraire preferer le frere. Voyez Mich. Graff. *§. successio ab int. quæst. 31. n. 2.* Decius *cons. 333.* Coquille sur l'art. 16. du tit. 34. de la Coutume de Nivernois.

32. Pourquoy l'on prefere icy la masculinité au double lien; & que le contraire s'observe dans les Fiefs.

L'on peut faire à cette occasion une question ou une instance sur la precedente question, que je ne vois point avoir jamais esté proposée: Je suppose une maxime qui passe pour constante, qu'en matiere de Fiefs le privilege du double lien, l'emporte sur le privilege de la masculinité, par exemple, nous dirons presentement qu'une sœur germaine exclut un frere uterin dans les Fiefs d'acquests, & c'est ce qui a esté jugé par l'Arrest des Saints Memins d'Orleans, qui est dans le Vest, chap. 48. & par un autre qui est rapporté par Monsieur Pithou, sur l'art. 15. de la Coutume de Troyes. Que si cela est ainsi, l'on peut demander pourquoy le privilege du double lien le cede, en nôtre espece, à la faveur de la masculinité, à laquelle il est preferé dans l'autre?

La réponse est, que dans la Coutume de Nivernois la sœur étant entierement incapable de succeder, tant qu'il y a des freres, le double lien ne repare pas cette incapacité generale; mais dans les autres Coutumes la sœur ayant une capacité generale de succeder, & n'étant excluse par les freres, que pour un certain genre de biens, le défaut du sexe qui est particulier pour les Fiefs, se repare aisément par l'avantage general du double lien. Ainsi la sœur germaine exclut le frere uterin pour les Fiefs dans les Coutumes où le double lien a lieu, quoique d'ailleurs le mâle y excluë la femelle en pareil degré; & cependant dans la Coutume de Nivernois le frere consanguin ou uterin, exclut la sœur germaine, suivant l'opinion de Maître Guy Coquille qui a esté cité cy-dessus.

33. Comment s'appliquent certaines Coutumes qui admettent le double lien jusqu'au degré des oncles & tantes, neveux & niéces.

On doute aussi comment l'on doit interpreter certaines Coutumes, qui admettent le double lien en ligne collaterale jusqu'au degré des oncles & tantes, neveux & niéces inclusivement, & telle est la Coutume d'Orleans, art. 330. Et 1. quoique l'on ait prétendu que dans le cahier de la reformation de cette Coutume faite en 1583. les mots *en pareil degré*, avoient esté d'abord apposez, & que depuis ils ont esté effacez, neanmoins cela ne s'étant pas verifié, il faut conclure que le neveu des deux côtez, exclut le frere d'un seul côté, suivant la Novelle 118. chap. 3. & les Arrests l'ont ainsi jugé pour cette Coutume.

En second lieu, l'oncle des deux côtez, c'est à dire, le frere germain du pere ou de la mere de celuy de la succession duquel il s'agit, aura le double lien sur l'oncle d'un seul côté.

En troisiéme lieu, le même oncle des deux côtez aura le même privilege sur le neveu d'un seul côté, c'est à dire, sur l'enfant d'un frere consanguin ou uterin, de celuy de la succession duquel il s'agit, & *vice versa*, le neveu des deux côtez aura le double lien sur l'oncle du deffunt, qui ne sera que d'un seul côté.

En quatriéme lieu, les neveux & niéces des deux côtez excluront les neveux & niéces d'un seul côté.

En cinquiéme lieu, on peut demander si les oncles du deffunt, qui sont des deux côtez, excluront ses freres d'un seul côté? Et la raison de douter est, que nous avons dit, que les Arrests ont jugé, que dans cette Coutume, les neveux des deux côtez excluoient les freres d'un seul côté: d'où il semble que, suivant la même Coutume, qui admet en general le double lien jusqu'au degré des oncles & tantes, neveux & niéces inclusivement, les oncles des deux côtez doivent exclure les freres d'un seul côté: & cependant il faut conclure indubitablement pour la negative, parce que tant qu'il y a des freres du défunt, ses oncles sont exclus de sa succession: Or il n'en est pas de même des neveux; parce que la representation *semper recta procedit, non autem retrogradè*, comme dit Maître Charles du Molin; ce qui a esté jugé en terme précis pour cette Coutume par un Arrest du 19. Janvier 1634. rapporté par Maître Julien Brodeau, sur la lettre S. de Monsieur Loüet, nombre 17. Arr. 11.

La plûpart de ces articles ont lieu contre le Droit commun du double lien, s'il y en a quelqu'un, selon lequel les oncles n'ont point ce privilege, & les neveux même ne l'ont pas à leur égard, leur étant preferez par une autre voye, selon l'interpretation d'Irnerius, & venant en concurrence avec eux, selon le Droit commun de la France, sans considerer si l'oncle ou le neveu du défunt a le double lien.

Il reste à examiner pour quels biens le privilege du double lien a lieu, & il faut conclure que selon nostre Droit commun, il n'a lieu que pour les meubles & acquests; & non pour les propres, qui sont attachez à la ligne, & ne dépendent point du double lien: car, par exemple, il n'importe pas, à l'égard des propres paternels, que l'on soit frere germain, ou consanguin: puisqu'au sujet de ces sortes de biens, on ne considere dans le frere germain, que la consanguinité, s'il faut ainsi dire: de même à l'égard des propres maternels, il est égal d'estre germain ou uterin, puisque le germain n'y vient que parce qu'il est du côté maternel, & c'est la raison de toutes ces Notes de Maître Charles du Molin, comme de celle sur l'art. 90. de la Coutume de Dreux, ou il dit, *sed fallit in heredÿs in quibus non attenditur duplicitas vinculi*, & de celle sur l'article 93. de Troyes: Aussi la plûpart des Coutumes qui établissent le double lien, decident qu'il n'a lieu que pour les acquests, comme celle de Châteauneuf art. 107. celle de Troyes art. 93. 34. Le double lien n'a pas lieu pour les propres.

Il faut dire le contraire des Provinces de Droit écrit, où le double lien a lieu pour toute 35. *Secus* dans le pais

de Droit écrit, & en la Coutume de Berry.

sorte de biens : parce qu'il n'y a point de propres. Il faut aussi excepter de nostre regle la Coutume de Berry, où même le double lien n'a lieu que pour les propres, titre 19. article 6. ce qui a esté confirmé par l'Arrest cy-dessus rapporté. Au contraire dans la Coutume de Blois les propres ne sont point sujets au double lien, nonobstant l'expression generale dont use la Coutume, suivant ce qui a esté remarqué cy-dessus.

36. Si la sœur germaine exclut le frere consanguin ou uterin dans les Fiefs.

37. Resolution pour l'affirmative.

L'on demande encore, si la sœur germaine est excluse dans les Fiefs par le frere consanguin ou uterin, ou si elle l'exclut luy-même dans les Coutumes qui donnent l'exclusion dans les Fiefs, aux femelles, en faveur des mâles, en pareil degré, & qui admettent aussi le double lien : ce qui a esté proposé cy-dessus comme une chose decidée par les Arrests. Et pour rechercher les principes de cette question, j'estime que la proximité du degré estant la condition la plus essentielle dans la succession des meubles & acquests, & le double lien estant un avantage approchant de la proximité du degré, il doit prevaloir à tout autre avantage, même à celuy de la masculinité, & que comme la niéce exclut l'arriere-neveu dans les Fiefs, la sœur germaine doit exclure le frere consanguin ou uterin dans les mêmes Fiefs. Aussi il est constant, que la sœur du costé & ligne, exclut dans les Fiefs qui sont propres de la famille, le frere qui n'est pas du costé & ligne. Ce qui se trouve appuyé d'un conseil de Paul de Castres, qui est le 291, liv. 2. & de l'avis de Maître Charles du Molin sur la Coutume de Paris §. 16. nomb. 13. *vers. secus si accidit.*

En un mot, les deux choses qui semblent dominer en fait de succession de meubles & acquests, aux termes des Coutumes, c'est la proximité & le double lien, l'une même estant relative à l'autre, & la sœur n'estant au second degré, que parce qu'elle a un même pere seulement, ou un même pere & une même mere : ensorte que le lien fait le degré, c'est la cause efficiente du degré, & il se considere quant & quant le degré, & même avant le degré : d'où il resulte que la proximité prevalant dans les Fiefs d'acquests à la masculinité, le double lien doit aussi prevaloir. En effet, il y a deux Arrests qui ont jugé la question en faveur de la sœur germaine, l'un appellé l'Arrest des Saints Memins d'Orleans, du 3. Janvier 1550. rapporté par le Vest, chap. 48. & un autre rendu au rapport de Monsieur Viole, & cité sans datte dans les Notes de Monsieur Pithou sur l'art. 15. de la Coutume de Troyes, quoique le Grand sur le même art. gl. 5. soit d'avis contraire, & prefere dans les Fiefs le frere d'un seul costé à la sœur germaine.

Au surplus, encore que le privilege du double lien comprenne les meubles & les acquests, il arrive souvent qu'il n'a lieu que pour les meubles ; ou pour les acquests, & que ces deux choses se divisent, comme si quelqu'un demeurant à Troyes & ayant des acquests à Paris, vient à deceder, laissant un frere germain & un frere uterin : car le premier aura tous les meubles, en quelque lieu qu'ils se trouvent; mais il viendra en concurrence avec le second pour les acquests de Paris ; & *vice versa* si le défunt demeuroit à Paris & avoit des acquests à Troyes, le double lien se considereroit de la succession pour les acquests ; & non pour les meubles. Ainsi quoique dans la plûpart des dispositions des Coûtumes les meubles & acquests se trouvent joints, il sont souvent un different sort par leur situation differente, si l'on peut user de ce terme à l'égard des meubles.

38. Souvent le double lien n'a lieu que pour les meubles, & non pour les acquests.

39. Double lien a lieu en fait de substitutions au profit de la famille, & comment.

Le double lien peut avoir lieu dans la substitution, quand elles sont faites au profit de la famille. Il se regle, en ce cas, par rapport à l'heritier chargé de restituer, tellement que si le testateur a institué son fils, & en cas de decés sans enfans, luy a substitué la famille, & que le cas de la restitution soit arrivé, l'institué estant decedé sans enfans, alors des freres consanguins ou uterins du testateur, viendront en concurrence avec ses freres germains, parce que le double lien de ceux-cy n'étant que par rapport au testateur, & non à l'heritier, il n'est pas considerable.

SECTION III.

De la concurrence des freres & des ascendans, & de celle des freres & des neveux.

SOMMAIRE.

1. *Diverses sortes de Coutumes sur le concours des freres & des ascendans.*
2. *Si la Coutume ne fait aucune mention de ce concours, il faut suivre celle de Paris. Renvoy.*
3. *Du concours des freres & des neveux du défunt.*
4. *Si les neveux au cas de la renonciation du frere unique, doivent partager par souches ou par têtes.*
5. Quid *si un défunt ayant laissé un frere qui a cinq ou six enfans, & un neveu fils unique d'un autre frere, le frere renonce pour faire venir ses six enfans paternels.*

1. Diverses sortes de Coutumes sur le concours des freres & des ascendans.

Aprés avoir parlé de la concurrence des freres entre eux-mêmes, il faut traiter de celle des mêmes freres avec les ascendans : & comme nous avons déja touché cette matiere dans le chapitre de la succession des ascendans, nous ne repeterons rien icy de ce qui a esté dit au nomb. 6. du concours des freres germains, & des pere & mere, ayeul & ayeule, selon le Droit Romain, & au nomb. 12. de la question de sçavoir si les enfans des freres viennent selon le même droit avec les ascendans. Il suffit d'observer que nos Coutumes ont des dispositions fort contraires entr'elles sur le concours des freres & des ascendans. Dans la plûpart ils ont chacun diverses sortes de biens, par exemple, dans la Coutume de Xaintes art. 97. les pere & mere ont les meubles par preciput ; mais dans les acquests ils y viennent en concurrence avec les freres & sœurs : au contraire dans la Coutume de Ribemont article 69. les freres & sœurs, neveux & niéces, viennent en concurrence avec les pere & mere, ayeul & ayeule, pour les meubles, acquests & conquests immeubles. Dans d'autres Coutumes les pere & mere sont preferez aux freres & sœurs dans les meubles & acquests; mais dans la concurrence des ayeuls & des freres & sœurs, les ayeuls n'ont

que l'usufruit des acquests & conquests, & les freres & sœurs en ont la proprieté, telle est la Coutume d'Orleans art. 315. dans quelques-unes les pere & mere sont preferez aux freres & sœurs pour la proprieté des meubles & l'usufruit des immeubles; mais les freres & sœurs & autres collateraux en excluent les ayeuls, & c'est la disposition de la Coutume d'Anjou art. 270. Enfin, dans la plûpart des Coutumes les pere & mere, & même les ayeuls sont preferez aux freres & sœurs dans les meubles & acquests, & c'est la disposition de la Coutume de Paris & de plusieurs autres. Ce qu'il y a d'uniforme à cet égard, c'est que les freres sont heritiers des propres de leur ligne au préjudice des ascendans, si ce n'est en la Coutume de Tournay, en laquelle au titre des successions, art. 7. les peres sont seuls heritiers de leurs enfans.

2. Si la Coutume ne fait aucune mention de ce concours, il faut suivre celle de Paris. Renvoy.

Que si une Coutume ne regle pas le cas de la concurrence des ayeuls avec les freres & sœurs, il a esté dit au chapitre de la succession des ascendans, nomb. 19. qu'on doit suppléer à cette omission, en se conformant à la disposition de la Coutume de Paris, & que l'ayeul doit exclure les freres & sœurs pour ce qui regarde les meubles & acquests; mais il ne les exclut pas pour ce qui concerne les propres naissans, dans lesquels les freres sont preferez, comme étant descendus de l'acquereur. Il en est de même à l'égard des autres ascendans qui sont plus éloignez, lesquels doivent estre preferez aux freres & sœurs dans les meubles & acquests, si la Coutume n'en dispose autrement.

3. Du concours des freres & des neveux du défunt.

Que si les neveux concourent avec les freres du défunt, on suit le droit de representation tel qu'il a esté établi par la Coutume: & si la Coutume n'établit point la representation en faveur des neveux, ou c'est qu'elle exclut la representation en general, ou qu'elle n'en fait point mention, ou qu'elle ne l'établit que pour la directe, sans parler de la ligne collaterale, ou elle l'admet pour la directe & l'exclut précisément pour la collaterale: & l'omission équipolle à une exclusion formelle à l'égard de la collaterale, comme il a esté jugé pour la Coutume de Meaux par Arrest du 16. Avril 1585. rapporté au livre 3. chap. 5. de la representation, sect. 3. nomb. 4. Ce qui auroit eu lieu non seulement au cas que la Coutume établissant le droit de representation pour la directe, ne fist aucune mention de ce droit pour la collaterale, comme celle qui vient d'estre citée; mais encore au cas qu'une Coutume ne fist mention quelconque du droit de representation: car on devroit admettre dans cette Coutume la representation pour la ligne directe, comme estant conforme à la disposition du droit ancien; mais non pas pour la ligne collaterale, ni même en faveur des neveux succedant avec les freres du défunt, par les raisons établies à l'endroit qui vient d'estre cité, & parce que cette representation est un droit exorbitant, comme le double lien, comme l'exclusion des femelles par les mâles dans les fiefs, & comme l'exclusion de l'heritier beneficiaire par le pur & simple, qui sont des droits qui ne se doivent point suppléer dans les Coutumes qui les ont obmis.

4. Si les neveux au cas de la renonciation du frere unique, doivent partager par souches ou par tétes.

L'on peut demander si un défunt ayant laissé un frere & des neveux de divers freres, il arrive que le frere renonce, en ce cas les neveux doivent partager par testes, ou par souches? Et il est indubitable que si la renonciation du frere est purement gratuite, le partage se doit faire par testes entre les neveux, parce que celuy qui renonce gratuitement, c'est à dire, sans avoir esté donataire ni legataire, & sans avoir reçû aucun prix ni aucune recompense de sa renonciation, est reputé pour mort, comme il est établi au même chapitre de la representation: & c'est pour cela qu'il ne fait point part dans la supputation de la legitime, suivant la Loy *Si post mortem 10. §. liberi 4. ff. de bon. possess. contra tab.* & Monsieur d'Argentré sur l'article 224. de la Coutume de Bretagne, gl. 7. nomb. 6. & 7. Quoiqu'il faut encore ajoûter une autre condition, que non seulement la renonciation soit gratuite; mais qu'elle ne soit point en faveur de l'un des neveux en particulier: car si le frere avoit dirigé sa renonciation au profit de l'un de ses neveux, en ce cas les neveux seroient obligez de partager par souches, parce que le frere qui renonce en faveur de quelqu'un de ses coheritiers, fait acte d'heritier, & Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris §. 9. gl. 4. nomb. 7. dit, qu'en ce cas le renonçant fait nombre, pour regler le preciput de l'aîné: ce qui auroit lieu à plus forte raison, si la renonciation estoit faite au profit de l'un des neveux, avec clause de cession & transport.

Que si le frere a renoncé au profit & en faveur de tous ses neveux, quoiqu'avec la clause de cession & transport, les neveux doivent partager par testes, parce qu'en ce cas le frere ne fait que s'abstenir de la succession, sa renonciation ne profitant pas plus à l'un de ses coheritiers, qu'à l'autre, ce qui sera plus amplement expliqué au chap. des renonciations, sect. 2.

Que si au contraire la renonciation du frere est moyennant un legs testamentaire qui luy a esté fait, si modique qu'il puisse estre, les neveux doivent partager par souches, ce qui sera traité au livre 3. chapitre de la representation, section 3. où il est établi par divers exemples, que la renonciation qui se fait moyennant un legs, ou moyennant un prix & une recompense, est une veritable acceptation de succession.

5. Quid si un défunt ayant laissé un frere qui a cinq ou six enfans, & un neveu fils unique d'un autre frere, le frere renonce pour faire venir ses six enfans par têtes.

Il se presente une espece à peu prés semblable lorsque quelqu'un est decedé, laissant un frere qui a six ou sept enfans, & un seul neveu d'un autre frere, & qu'il arrive que le frere, qui n'avoit que la moitié en venant luy-même à la succession, renonce pour y faire venir ses enfans avec leur cousin germain: car il est certain qu'il le peut, & que regulierement ses enfans viennent à la succession, parce qu'il n'y a point en cela de representation d'un homme vivant, dont ces enfans ayent besoin pour succeder avec leur cousin; mais ils peuvent venir de leur chef *& ex successorio edicto*. D'ailleurs, il est constant que, selon le Droit commun, ils viendront par testes. Mais comme il est visible en cette espece, que le frere n'a renoncé que pour faire place à ses enfans, & mettre en sa maison les six parts de cette succession, dont les sept sont le tout; au lieu qu'en succedant luy-même il n'auroit eu que la moitié au total, de peur qu'il ne profite de sa fraude, l'on doit ordonner le partage par souches: 1. parce que c'est le cas où il donne à ses enfans en renonçant pour les faire venir, & par consequent il se porte même heritier en renonçant, cette renonciation étant une veritable liberalité qu'il exerce entre ses enfans, comme quand le fils s'abstient de la succession de l'ayeul, pour ne pas rapporter à cette succession ce que l'ayeul avoit donné au petit-fils. Jusque-là que s'il arrive que les six enfans du renonçant s'estant portez heritiers de leur oncle, le même renonçant a d'autres enfans dans la suite, comme ceux-cy ne pourront pas estre heritiers de cet oncle, lors

du

du decés duquel ils n'estoient pas encore en vie, ils auront une action de rapport contre leurs freres, à qui le pere commun est censé avoir fait une donation de la succession de l'oncle, en renonçant dans ces circonstances.

Secondement, c'est une fraude évidente, & il est manifeste que *totum hoc structum* contre le neveu de l'autre branche, & c'est *dolus reipsa*, qui produit une action à peu prés semblable à celle, par laquelle dans nôtre Droit les creanciers d'un presomptif heritier se plaignent de sa renonciation gratuite, & qui va à soutenir qu'il est heritier malgré luy : parce qu'il ne veut cesser de l'être que pour faire tort à autrui, & faire peut-estre succeder un sien fils à leur préjudice. Il y a aussi un exemple semblable dans le Droit pour le cas où un heritier institué renonce à l'institution & se declare heritier *ab intestat*, pour frustrer les legataires de leurs legs, & c'est la matiere du titre *si quis omissa causa testam.* L'on a aussi reprimé une fraude à peu prés semblable en matiere de doüaire, dans le cas qu'un mari renonçoit à la succession de son pere ou de sa mere, pour donner lieu à ses enfans de se porter heritiers *ex successorio edicto*, & frustrer sa femme par ce moyen du doüaire qu'elle auroit pû pretendre sur les immeubles de cette succession : car en ce cas l'on a donné le doüaire à la femme, comme elle l'auroit eu, si son mari s'estoit porté heritier. Ainsi dans l'espece proposée, le frere ni les enfans ne profiteront point de cette fraude.

Mais si la renonciation du frere est tout ensemble gratuite, pure & simple & sans fraude, non seulement les neveux partagent par testes la succession de leur oncle ; mais même l'oncle du défunt, qui se trouve en égal degré avec ces neveux, vient aussi à la succession : ce qu'il ne feroit pas, si le frere se portoit heritier, & que les neveux vinssent par representation, & c'est une troisiéme espece qui est à observer, celuy qui renonce de la maniere qu'il vient d'estre dit, n'étant pas plus consideré en tous ces cas, que s'il n'avoit jamais esté, *renuncians pro nullo habetur.*

J'ay vû agiter la question dans une espece où il n'y avoit point de fraude, & où l'on pretendoit que deslors qu'il y avoit eu un frere capable de succeder lors du decés du défunt, le partage par souches avoit esté un droit acquis, au préjudice duquel la renonciation n'avoit pû se faire ; mais je ne serois pas de cet avis par les raisons deduites cy-dessus au nomb. 4.

SECTION IV.

Des neveux concurrens ensemble, & avec les freres & oncles du défunt.

SOMMAIRE.

1. *Si la part du neveu accroît non seulement à sa branche ; mais aux freres & aux autres neveux.*
2. *Si le partage se fait par testes ou par souches entre les neveux d'un défunt, & du Reglement de 1526.*
3. *Si l'oncle peut ordonner un partage par souches entre ses neveux.*
4. *Coutumes qui singularisent à cet égard.*
5. *Si les neveux* ex utroque latere, *de diverses branches, excluant un frere d'un seul côté, le partage se fait entr'eux par testes ; ou par souches.*
6. *Distinction entre le païs Coutumier & le païs de Droit écrit.*
7. *Du concours des neveux & des oncles du défunt.*
8. *Exceptions du Droit commun.*
9. Quid *si quelqu'un a laissé deux oncles paternels, un oncle maternel, un neveu d'une branche du côté paternel, & un neveu du côté maternel, le partage se fera par testes.*
10. *Si l'on peut succeder dans tous les degrez de la collaterale.*
11. *Resolution pour l'affirmative.*
12. *Que le Seigneur Justicier ne peut saisir tandis qu'il y a quelqu'un en possession d'estre & de se dire parent.*
13. *Que nous n'avons point de cas dans nôtre Jurisprudence, où le droit de succeder soit limité à de certains degrez.*
14. *De la dévolution des propres d'une ligne à l'autre.*
15. *Trois sortes de Coutumes sur la dévolution des propres.*
16. *Qu'elle a lieu dans les Coutumes qui n'en parlent pas.*
17. *Qu'au défaut d'heritiers de la ligne, les propres perdent cette qualité, tant pour la disposition, que pour la succession.*
18. *De même au cas de la renonciation des heritiers de la ligne.*
19. *Comment on doit prouver sa parentelle.*
20. *Des actions urgentes de la succession, qui viennent durant le procés de la parentelle.*

1. Si la part du neveu accroît non seulement à sa branche ; mais aux freres & aux autres neveux.

SI ce n'est pas un frere, mais un des neveux, qui renonce moyennant un legs qui luy a esté fait, on demande si sa part en la succession accroît à tous les heritiers en general, c'est à dire, tant aux freres du défunt, qu'aux neveux d'une autre branche, & aux freres & sœurs du renonçant : ou si elle n'accroît qu'à sa branche seulement ? Et la raison de douter est, que le legs auquel le renonçant se tient, & qu'il prend pour sa part afferente en la succession, s'acquitte aux dépens de toute la succession, d'où il semble que l'on doit conclure que la renonciation doit profiter à toutes les branches. A quoy l'on peut ajoûter, que les qualitez de legataire & d'heritier étant incompatibles, même en ligne collaterale & à l'égard des parens les plus éloignez, comme ceux qui viennent au deuxiéme degré, il est juste à plus forte raison que dans les premiers degrez une branche rapporte ce qui est legué à un heritier de la même branche ; ou, ce qui équipolle, il faut que la renonciation du legataire profite à tous les coheritiers indistinctement.

Cette question se proposoit autrefois non seulement pour la collaterale, mais pour la ligne directe, avant qu'on y eût admis le rapport des branches ; & l'on pretendoit que la part d'un des petits-fils qui renonçoit moyennant une donation ou un legs, devoit s'accroître au reste des

biens, & il y en a eu même d'anciens Arrests; mais depuis on a consideré que l'accroissement se devoit faire naturellement à la branche, & non à la succession; parce que ceux qui sont conjoints en une même souche, *quasi in unum corpus redacti sunt, & partem conjunctorum sibi heredum, quasi suam praeoccupant*. Ce sont les termes de la Loy unique §. *fin autem C. de cad. toll.* Ainsi au lieu de cet accroissement à toute la succession, on a admis le rapport des branches.

Cependant ce rapport est fondé sur une raison pour la ligne directe, qui n'a pas lieu pour la collaterale, c'est qu'en directe ce qui est donné par l'ayeul au petit-fils, est presumé donné au pere, ou en faveur du pere, qui tient le premier rang dans les affections de l'ayeul, par l'ordre de la nature: & comme cette presomption n'est pas si violente à l'égard des donations qui se font en ligne collaterale, où un oncle pouvant donner ou leguer à son neveu pour l'amour de luy-même, aussi bien qu'en consideration de son frere, on n'y a point admis le rapport des branches dans le cas même où le partage se doit faire par souches. D'ailleurs, l'on a consideré, que l'égalité n'estoit pas si essentielle dans la ligne collaterale; & comme le rapport des branches a ses inconveniens, suivant ce qui sera expliqué au chapitre des rapports, les Arrests ne l'ont point admis dans cette ligne. Ce qui n'empêche pas qu'en ligne collaterale, aussi bien qu'en ligne directe, l'accroissement se fait au profit de la branche seule; & non de tous les heritiers, à cause de la conjonction, & de la maniere de succeder qui est particuliere dans la branche, les freres venant par souches avec les neveux, mais les neveux venant entr'eux par testes.

2. Si le partage se fait par testes ou par souches entre les neveux d'un défunt, & du Reglement de 1526.

Lorsque les neveux d'un défunt luy succedent entr'eux seulement, il est indubitable que le partage se fait par testes, suivant l'opinion d'Azon, qui s'est fondé sur la Loy 2. *ff. de suis & legit. hered.* §. 2. & l'on peut dire que cette opinion est établie par le texte précis de la Loy, comme elle a esté reçûë parmi nous par des Arrests.

Cette Loy 2. *ff. de suis & legit. hered.* dit, *hereditas proximo agnato, id est ei quem nemo antecedit, defertur, & si plures sint ejusdem gradus, omnibus competit, scilicet, ut si duos fratres habui vel duos patruos, unus ex his unum filium, alius duos reliquit, hereditas mea in tres partes dividatur.*

De même le §. 4. des Instit. *de legit. agnat. success.* dit que les enfans des freres & les enfans des sœurs viennent en concurrence, pourvû que leurs peres ne les predecedent pas, & qu'alors ils viennent par testes & non par souches: *& mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suae soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt: his etenim personis praecedentibus & successionem admittentibus, caeteri gradus remanent penitus submoti: videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.* Aprés des textes si précis ausquels l'Authentique *cessante C. de legit. hered.* n'a rien de contraire, puisque quand elle dit, *vocantur primò fratres, fratris que praemortui filii*, elle use de la particule *&*, comme d'une conjonctive, l'on a eu raison de s'attacher à l'opinion d'Azon, à laquelle aussi l'on a fait cet honneur, de l'admettre par un Arrêté rendu les deux Chambres des Enquestes, qui étoient lors, assemblées, lequel Arrêté fut conçû en ces termes: *A esté arresté par les deux Chambres des Enquestes, que les cousins enfans des deux freres* deficientibus patruis, *succederont à leur oncle* in capita, *en suivant l'opinion d'Azon, en païs où il n'y a coutume de representation ou autre dérogeante.* Il est daté dans du Luc liv. 8. tit. 10. Arr. 6. du 13. Decembre 1526. au lieu que Coquille qu. 240. le date du 10. Janvier.

Depuis cet Arrest, & en 1550. un Particulier ayant eu besoin de le lever au Greffe, ce qui luy estoit refusé par le Greffier, il presenta sa requeste à la Cour pour faire dire, que le Greffier seroit tenu de le luy délivrer; & il intervint Arrest sur cette requeste du 14. Mars 1550. qui porte, que *la Cour, ouy sur ce le Procureur General du Roy, a ordonné & ordonne pour le bien de Justice, soulagement & certitude du droit des parties, qu'au suppliant & autres parties ce requerant, leur sera baillé & délivré par extrait avec le present Arrest, ledit retenu ou arresté.* Voyez Coquille qu. 240. Mais ni l'un ni l'autre de ces deux Arrests ne se trouve point sur les Registres, quoiqu'ils soient tous deux citez par tous les Auteurs, comme par Charondas sur l'art. 320. de la Coutume de Paris, par Theveneau sur l'art. 277. de celle de Poitou, par Bouchel sur l'article 87. de celle de Valois, par Papon en ses Arrests liv. 21. Arr. 11. 12. & 13.

3. Si l'oncle peut ordonner un partage par souches entre ses neveux.

☞ On demande si dans les Coutumes de Droit commun, un oncle peut ordonner par son testament que sa succession sera partagée par souches entre ses neveux: & il faut dire qu'il le peut, pourvû qu'il ne blesse pas en cela les reserves coutumieres: car si un oncle n'ayant que des propres, & laissant un neveu fils d'un frere predecedé, & quatre neveux enfans d'une sœur aussi predecedée, ordonne entr'eux un partage par souches; en ce cas les reserves coutumieres souffrant atteinte par l'execution de sa disposition, le neveu fils du frere pourra demander un partage par testes, si mieux ses cousins n'aiment venir à partage en qualité de simples legataires, & luy abandonner les quatre quints des propres: En effet il n'importe pas de quelle maniere on viole les reserves coutumieres, la disposition qui les viole doit toûjours estre reformée: & nul ne peut dire que les Loix n'auront pas lieu dans sa succession. Cela ne se peut donc autoriser qu'au cas qu'un testateur n'ait que des biens de libre disposition: ce qui se trouvoit vraisemblablement dans l'espece d'un Arrest rendu au rôlle de Senlis le 6. Fevrier 1646. qui est au Journal des Audiences, livre 5. chap. 30. par lequel l'on confirma pareille disposition, & la preuve en est que ceux qui soutinrent le partage par testes, n'alleguerent point de reserves coutumieres. Les Arrests qui ont autorisé les rappels des neveux dans la Coutume de Senlis ne font rien ici: puisque ces rappels produisent un retour au Droit commun, estant faits pour la concurrence des neveux avec leurs oncles freres du deffunt; au lieu que la disposition dont il s'agit est contraire au Droit commun, & ne doit avoir lieu que par forme de legs, & sous le temperamment qui vient d'estre expliqué.]

4. Coutumes qui singularisent à cet égard.

Le Reglement du 13. Decembre 1526. qui vient d'estre rapporté, porte une exception à l'égard des Coutumes, où la representation a lieu entre les neveux du deffunt, comme la Coutume de Valois, laquelle en l'art. 87. établit la representation au profit des enfans des freres, qui viennent à la succession de leurs oncles, ou de leurs cousins germains: ce qui a lieu par la même raison dans des degrez plus éloignez, lorsque la Coutume admet la representation à l'infini, tant en ligne collaterale, qu'en ligne directe: & quoi-

que la chose ait esté mise en controverse depuis peu, & que quelques personnes ayant soutenu que dans ces Coutumes on ne devoit pas partager par souches entre cousins en égal degré; neanmoins il est évident, que par tout où il y a representation, on ne peut partager autrement que par souches, & que la representation & le partage par souches sont choses absolument reciproques : ce qui ne souffre qu'une seule exception dans la ligne directe ascendante, où, par exemple, un ayeul paternel qui est seul de son côté, prend autant dans la succession qu'un ayeul & une ayeule maternels, quoiqu'il soit des maximes que la representation n'a point lieu en ligne ascendante. Aussi les Docteurs pour accorder cela avec les principes, ont coutume de dire, qu'il y a au moins une image de representation dans cette ligne, ou plutost que c'est un partage de lignes. Quoy qu'il en soit, ce sont deux choses reciproques que la representation & le partage par souches, & le mot même de *representation* l'emporte.

5. Si les neveux *ex utroque latere* de diverses branches, excluant un frere d'un seul côté, le partage se fait entre eux par testes; ou par souches.

☞ Il y a aussi un cas particulier, où il semble que dans nos Coutumes mêmes, les neveux de diverses branches venant entr'eux à la succession, partagent necessairement par souches: c'est quand ils excluent un frere consanguin, ou uterin : car comme ils ne peuvent l'exclure qu'entant qu'ils sont presupposez venir par representation, puisqu'ils ne l'excluroient pas d'un degré plus éloigné, où ils sont placez naturellement, il semble qu'ils viennent à la succession par representation, & par consequent par souches : car de dire qu'ils l'excluent par representation, & qu'ils partagent aprés par testes, cela est difficile à concevoir : puisqu'on ne vient jamais de deux manieres à une succession, & qu'on y vient toûjours par souches ou par testes; quoique quelquefois aprés que la souche a partagé, les testes subdivisent.

6. Distinction entre le païs Coutumier & le païs de Droit écrit.

Il faut resoudre que si la question se presente en païs Coutumier en une espece où il n'y ait que des meubles & acquests, le frere consanguin ou uterin ne manquera pas de renoncer. Aprés quoy *pro nullo habebitur* : Ainsi le partage par testes aura lieu, sans considerer que le privilege du double lien aura esté la cause prochaine & immediate de la renonciation: & la raison pour laquelle le frere ne manquera pas de renoncer, c'est qu'on luy pourroit objecter que le nom d'heritier est *nomen juris*, & qu'il auroit aspiré à d'autres biens, comme en effet il en peut survenir d'autres, quoiqu'il ne paroisse alors que des meubles & acquests; mais en païs de Droit écrit, où il n'y a qu'une sorte de patrimoine, le privilege du double lien ayant lieu pour tous les biens, semble exempter le frere de faire aucune renonciation : car son exclusion luy suffit, & comme on n'oblige point un indigne, ni un exheredé, ni un incapable de renoncer, puisqu'ils sont assez exclus par la declaration de leur indignité, ou de leur incapacité; aussi le frere consanguin ne renoncera point en ce cas : ainsi il le faudra considerer comme estant exclus par le benefice de la representation, ce qui emporte le partage par souches entre les neveux de diverses branches.]

7. Du concours des neveux & des oncles du défunt.

Le concours des neveux & des oncles du défunt fait plus de difficulté : car on demande si dans les plus pures maximes de Droit, l'oncle du défunt doit estre exclus par le neveu, comme Irnerius l'a presupposé en reduisant l'Authentique *post fratres C. de legit. hered.* Et pour moy, j'estime qu'il n'y avoit point de fondement dans la Novelle 118. pour établir cette exclusion, parce que cette Novelle ne prefere les neveux aux oncles, que lorsque les neveux viennent par representation, & qu'ils sont en concurrence avec des freres du défunt : ce que j'établirai plus amplement au chapitre de la representation liv. 3. & sur le même fondement je conclus que dans les Coutumes qui admettent la representation en faveur des neveux succedant avec leurs oncles freres du défunt, suivant la raison écrite, l'oncle du défunt ne doit point estre exclus par les neveux, ce que j'établis au même endroit pour la Coutume de Laon. D'où il suit à plus forte raison, que si la Coutume ne parle point dutout de la representation des neveux, ni du concours des neveux & des oncles du défunt, ils y doivent venir en concurrence, comme estant en pareil degré. *L. 1. §. 5. & L. 10. & 14. ff. de grad. affin.* suivant l'article 339. de la Coutume de Paris.

☞ Pour ce qui est du concours de l'oncle du défunt, avec le cousin du défunt, il ne peut pas faire difficulté, l'oncle ayant necessairement un degré sur le cousin, & l'oncle estant au troisiéme degré, & le cousin au quatriéme : ce qui a esté jugé par un Arrest du 7. Septembre 1565. qui est dans le Vest, Arr. 80.]

8. Exceptions du Droit commun.

Ce qui vient d'estre dit, doit avoir lieu en general, si ce n'est que la Coutume ait une disposition contraire, comme la Coutume d'Auxerre, laquelle en l'article 243. prefere le neveu à l'oncle, ou la Coutume de Valois, art. 57. ou celle de Nivernois, qui a une disposition semblable, titre des successions, art. 8. Enfin si ce n'est à l'égard des propres naissans, pour lesquels dans nos Coutumes l'on a preferé le neveu à l'oncle, par des raisons qui seront expliquées ailleurs : car il n'y a rien de plus juste ni de plus regulier que d'admettre en concurrence ceux qui sont en pareil degré, soit en ligne superieure ou inferieure, suivant la Loy 2. §. 2. *de suis & legit. hered.* principalement en ligne collaterale, où la ligne descendante qui n'est appellée telle qu'improprement, n'a point plus de faveur que l'ascendante & superieure : autre chose est des Coutumes qui admettent la representation à l'infini, tant en ligne collaterale qu'en ligne directe : autre chose aussi de celles qui admettent la representation en faveur des neveux & niéces indistinctement, sans requerir qu'ils viennent avec des freres du défunt, comme la Coutume d'Amiens, art. 270. car dans ces Coutumes le neveu exclut l'oncle, & c'est l'espece de l'Arrest du 24. Mars 1598. vulgairement appellé l'Arrest des Carons, rendu pour la même Coutume d'Amiens.

9. *Quid* si quelqu'un a laissé deux oncles paternels, un oncle maternel, un neveu d'une branche du côté paternel, & un neveu du côté maternel, le partage se fera par testes.

Que si l'on suppose qu'un défunt a laissé deux oncles du côté paternel, & un du côté maternel, plus un neveu d'une branche du côté paternel, & deux autres neveux d'une autre branche du même côté, avec un seul neveu du côté maternel, tous ces heritiers luy succederont par testes dans ses meubles & acquests, parce qu'il n'y a point de representation entre les oncles d'un défunt & ses neveux, & qu'il n'y a jamais de partage par souches qu'aux cas de la representation, dautant que hors ces cas l'on vient de son chef, & l'on n'entre point en la place d'autruy; l'on vient dans son degré, & par la seule prerogative de son degré : au lieu que dans le cas de representation l'on succede dans le degré d'autruy, ce que la Novelle 118. appelle *in proprii parentis locum succedere*. On n'y considere point la proximité de l'heritier; mais plutost de celuy qu'il represente; *in hoc enim ordine gradum quæri nolumus*, dit la même Novelle, & c'est pour cela que l'on partage par souches.

10. Si l'on peut succeder dans tous les degrez de la collaterale. Ce qui vient d'estre dit pour les premiers degrez des successions collaterales, suffit pour tous les degrez : mais j'ay vû agiter diverses fois au Palais la question, si l'on peut succeder en tous degrez ; ce qui ne fait aucune difficulté pour la directe. Et à l'égard de la collaterale, la raison de douter est, que dans plusieurs Coutumes le droit de retrait lignager est limité à de certains degrez ; par exemple, dans la Coutume de Bourbonnois, article 334. au septiéme degré, d'où il semble que l'on puisse conclure, que les retraits & les successions ayant beaucoup de rapport, comme il se voit dans l'article 335. & autres du titre du retrait lignager de la Coutume de Poitou, qui regle la succession des propres à l'*instar* du retrait, le droit des successions doit avoir des bornes, audelà desquelles l'on ne puisse succeder, ce que l'on veut ordinairement limiter au dixiéme degré, conformément à la glose sur l'Authentique *in success. C. de suis & legit. lib.* qui dit, *permittam in omnibus successionem, usque ad gradum decimum*, & ce qui est fondé sur ce que l'ancien droit ayant distingué entre ceux qui se touchoient par les masles ; & ceux qui se touchoient par les femmes, & n'admettant ceux qui se touchoient par les femmes, que jusqu'au septiéme degré, suivant la Loy *Non facile 4. ff. de grad. & affin.* qui dit, *non facilè septimum gradum quis excedit, quatenus ultra eum ferè gradum, rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur*, & admettant au contraire ceux qui se touchoient par les hommes jusqu'au dixiéme degré, selon le §. dernier des Instit. *de success. cognat.* Par le dernier droit les uns & les autres ont esté égalez : ainsi le dixiéme degré semble le dernier, audelà duquel on ne reconnoist plus de parentelle ; ce qui s'observe même en pays de Droit écrit, comme l'atteste Monsieur Maynard, liv. 6. chap. 99. sur la fin.

Et c'est sur ce fondement que quelques Docteurs limitoient aussi les substitutions graduelles faites au profit de la famille, au dixiéme degré, reglant ainsi les substitutions, par les successions.

11. Resolution pour l'affirmative. On peut dire neanmoins, que ce n'est point l'esprit de nôtre Jurisprudence coutumiere, qui ne donnant jamais au fisc que le dernier lieu dans les successions, reçoit les parens les plus éloignez à son exclusion : c'est par cette raison que souvent l'on donne plus d'étendue au droit de succeder, qu'au retrait lignager ; *Jus retractus strictius est quàm jus successivum : & ideò non sequitur, non potest retrahere, ergo non potest succedere*, dit Maistre Charles du Molin sur l'art. 1. du tit. des success. de la Coutume de Berry : & la Coutume de Bourbonnois en l'art. 334. limitant le droit de retraite au septiéme degré, il dit sur cet article, *non tamen sequitur quin successio excedat decimum gradum :* aussi plusieurs ont estimé, & même avec beaucoup de fondement, que le dixiéme degré n'estoit proposé dans le Droit, que par forme d'exemple, & comme pour désigner un droit, qui va à l'infini, par un degré fort éloigné, & par un exemple assez rare, ce qu'ils ont appuyé sur la disposition de la Loy 2. §. 1. *ff. de suis & legit. hered. deincepsque caeteri, si qui sunt hinc orti in infinitum.* Quoy qu'il en soit, nôtre Jurisprudence coutumiere est certaine, & il y en a un Arrest du 17. May 1572. rapporté dans Papon, liv. 21. tit. 1. Arr. 29. & rendu entre Claude du Fay & Marguerite de Mineray sa femme, contre Catherine de Moyers, veuve de Jean de la Mouche.

12. Que le Seigneur justicier ne peut saisir tandis qu'il y a quelqu'un en possession d'estre & de se dire parent. Sur ce fondement nous estimons, que le Seigneur Haut-Justicier ne peut saisir les biens d'une succession à titre de desherence, & comme vacans par le deffaut d'heritiers, tandis qu'il se trouve quelqu'un qui est dans quelque sorte de possession de la parentelle : & nous avons même des Coutumes qui en disposent, comme celle de Tours, art. 32. sur laquelle Maistre Charles du Molin a dit, que pour empêcher la saisie du Seigneur, il suffit d'estre *in quasi possessione parentele.* [☞ Il dit la même chose sur l'art. 3. de celle de Vitry.] Aussi il y a quelques Arrests, par lesquels on a admis des parens éloignez à faire preuve par témoins de leur parentelle, & que celuy de la succession duquel il s'agissoit, les tenoit pour parens & cousins. On en voit dans Maistre Julien Brodeau sur la lettre F. de M. Loüet, n. 21. Ce qui est moins extraordinaire, que ce qui estoit établi par la Loy des douze Tables, qu'au deffaut de veritables parens, ceux qui portoient le même nom, devoient succeder. Ce qui se devoit entendre du nom de la famille, non de celuy qui dépendoit du temps de la naissance, comme *Lucius, Caius :* ou de l'ordre de la naissance, comme *Quintus, Sextus, Decimus :* ou d'une vertu, ou d'un deffaut, comme *Celer*, ou *Scipio.*

13. Que nous n'avons point de cas dans nôtre Jurisprudence où le droit de succeder soit limité à de certains degrez. Au reste, nous nous éloignons du Droit en un point, que nous n'admettons point de causes particulieres, pour lesquelles les degrez de succession soient plus limitez qu'à l'ordinaire ; au lieu que cela arrivoit souvent dans le Droit, puisqu'il est dit dans le §. 3. des Instit. *de success. libert.* que les parens du patron n'estoient capables de succeder à l'affranchi, que lorsqu'ils estoient dans le cinquiéme degré : *nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve, vocentur.* Et il y a quelque chose de semblable en la Loy 2. *C. de veteran. & milit. success.* où il est dit, que les parens jusqu'au cinquiéme degré seulement, d'un soldat condamné à mort, peuvent luy succeder à l'exclusion du fisc. Tout cela, dis-je, n'est point de nôtre Jurisprudence Françoise, qui ayant commencé à étendre le droit des successions, jusque dans les degrez les plus éloignez à l'égard des Maisons illustres, a reçû ensuite la même chose dans toutes les successions en general : ensorte que dans les Coutumes où la confiscation n'a point lieu, comme en la Coutume de Tours, art. 378. un parent au milliéme degré, s'il se pouvoit prouver tel, excluroit & le droit de desherence, & le droit de confiscation.

Que si une Coutume limite le droit de succeder en collaterale au dixiéme, ou au cinq ou sixiéme degré, on s'y doit attacher inviolablement : parceque les successions collaterales ne sont point fondées sur le vœu de la nature ; mais sur la disposition du Droit civil & positif, qui n'est pas toûjours constant & uniforme dans ses décisions : & c'est le sentiment de Balde sur la Loy *Meminimus C. de legit. hered.*

14. De la dévolution des propres d'une ligne à l'autre. Non seulement l'on peut succeder en quelque degré que l'on soit de la collaterale ; mais il y a un cas où des degrez les plus éloignez, l'on peut succeder aux propres d'une ligne étrangere, c'est quand il n'y a point d'heritiers de cette ligne, car en ce cas la cause de la reserve & de l'affectation des propres cessant, ils sont considerez comme des acquests, & appartiennent au plus proche heritier, suivant l'art. 330. de la Coutume de Paris, & la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 4. de la Coutume de Montreuil sur Mer. Il faut pourtant distinguer trois sortes de Coutumes.

15. Trois sortes de Coutumes sur la dévolution des propres.

La premiere, de celles qui établissent precisément cette dévolution, comme celles de Paris, de Châlons, art. 97. de Reims, art. 316. & la plûpart des Coutumes du Royaume.

La seconde, de celles qui la rejettent expressément, & par une disposition inique & cruelle subrogent le fisc à la ligne défaillante, comme les Coutumes du Maine, art. 286. d'Anjou, art. 268. & de Normandie, art. 244.

16. Qu'elle a lieu dans les Coutumes qui n'en parlent pas.

La troisiéme, des Coutumes qui n'en font point de mention expresse: & dans celles-cy, par la raison qui vient d'estre dite, que quand la cause de la destination des propres cesse, l'effet doit aussi cesser, il est constant que tous les biens de la succession appartiennent au plus proche heritier: jusque-là même que la Coutume de Bourbonnois disant en l'art. 328. que *le Seigneur exclut le mari & la femme, comme aussi le lignager, és biens esquels il n'est habile à succeder.* Maître Charles du Molin a fait une Note sur cet article, qui n'avoit pas besoin de ces caracteres, ausquels toutes les siennes se reconnoissent C. M. Car elle marque assez le genie admirable qui l'a dictée, dans laquelle il a expliqué ces mots, *esquels il n'est habile à succeder*, en disant qu'ils se doivent entendre d'une inhabilité generale, comme celle d'un Moine, ou d'un bâtard, ou d'un legitimé par Lettres, à l'effet de succeder à de certains biens seulement, & a soutenu qu'au surplus dans cette Coutume l'heritier maternel, qui est au dixiéme degré, exclut le fisc dans les propres paternels, *intellige de inhabilitate absoluta ut Monachus, vel spurius, vel legitimatus, ut succedat in mobilibus tantum; aliàs maternus septimi, vel decimi gradus excludet fiscum in paternis, ut tetigi §. 323. rejecto vulgari errore.*

17. Qu'au deffaut d'heritiers de la ligne, les propres perdent cette qualité, tant pour la disposition que pour la succession.

L'on a conclu sur le fondement de ce qui vient d'estre dit, (que les propres de la ligne dont il n'y a point d'heritiers, sont reputez acquests,) que le deffunt en avoit pû disposer librement, & que les heritiers paternels qui profitent des biens maternels par le moyen de cette dévolution, n'avoient pas droit de faire reduire la disposition du deffunt au quint, au autre quotité de ces propres maternels: parce que cette reserve & cette reduction n'a esté établie que pour les heritiers de la ligne même; qui est la raison pour laquelle le mari qui succede en vertu du titre *unde vir & uxor*, ne peut pas demander non plus cette reduction. ☞ Et une preuve que les heritiers de l'autre ligne n'empêchent point qu'on ne dispose librement des propres de la ligne défaillante, & qu'ils n'y succedent que comme à des meubles & acquests, c'est que le pere & la mere qui survit leur est toûjours preferé: suivant ce qui a esté montré au ch. 5. de ce Livre, sect. 5. or les pere & mere ne sont heritiers que des meubles & acquests: aussi c'est l'opinion de Maistre Jean Marie Ricard en son Traité des Donations, troisiéme Partie, chap. 10. sect. 1. nomb. 1423. vers la fin.]

18. De même au cas de la renonciation des heritiers de la ligne.

Enfin, ce que produit le deffaut d'heritiers d'une ligne, la renonciation des heritiers le produit aussi: car le renonçant est reputé n'avoir jamais esté: Ainsi la dévolution a lieu en ce cas, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 315. de la Coutume de Bourbonnois: car cet article attribuant les propres aux plus proches heritiers de la ligne dont ils sont venus, cet Auteur a dit, *si supersint & velint, aliàs accrescunt etiam conjunctis alterius lateris:* mais il semble que sur cette fin nous touchons à la matiere des propres, qui est un sujet qui se distingue extremement entre les autres, & qui merite aussi un chapitre distinct & separé, que l'on aura au Livre second, & dans lequel j'observerai sur tout de ne pas contredire avec trop d'attache ceux qui ont traité la matiere; mais aussi j'éviterai de rien déferer à des sentimens singuliers: mes premieres vûës estant toûjours pour ce qui se doit juger; mes secondes, pour ce qui se pratique, & ce qui est d'usage.

Au reste, la preuve de la parentelle & du degré de parentelle, doit estre authentique, c'est à dire, qu'elle se doit faire par titres, comme partages, licitations, actes de tutelles, contrats de mariages, actes de celebration ou certificats de mariage: Aussi Monsieur d'Argentré sur l'art. 569. de la Coutume de Bretagne, dit, *ego distinctam & justam gradus & ramagii probationem exigo:* Or la juste preuve n'est que dans de pareils titres, ou au moins dans un commencement de preuve par écrit, sur lequel l'on ait obtenu d'un Juge competant, & les Parties legitimes dûëment appellées, une permission de faire Enqueste, ce que l'on ait executé avec succés: car c'est le seul cas où l'on doive icy recevoir la preuve testimoniale, & y avoir égard, suivant l'art. 3. du tit. 20. de la Coutume de Bretagne, & cette Enqueste doit estre composée principalement de personnes de la famille, comme le remarque Jean André en son arbre de consanguinité, & Mazuer, tit. des preuves 16. nomb. 46. — 19. Comment on doit prouver sa parentelle.

L'on incline au Palais à se relâcher de ce genre regulier de preuve de la consanguinité, quand il s'agit de l'interest d'un Seigneur Haut-Justicier, ou d'un donataire du Roy. Car, 1. on se contente que le parent prétendu articule & justifie qu'il est parent, sans qu'il soit obligé de prouver qu'il est le plus proche, parce que tout parent est bon pour exclure le fisc. 2. Il semble que l'on veuille aussi permettre en ce cas de faire Enqueste, sans que le prétendu parent ait aucun commencement de preuve par écrit. Brodeau lettre F. nomb. 21. Ce qui me paroist neanmoins contraire à l'Ordonnance, & injuste, au respect d'un Seigneur Haut-Justicier, dont le droit est fondé sur un titre de concession, & sur une constitution de l'investiture. Aussi Mazuer à l'endroit qui vient d'estre cité, dit, que le Seigneur est à cet égard aussi favorable qu'un parent éloigné & incertain.

☞ Si pendant qu'on plaide sur le degré de la parentelle pour la succession, il est necessaire d'intenter quelque action, celuy qui est en possession des biens ne peut pas l'intenter regulierement, & la petition d'heredité est préjudicielle, *L. 5.* sur la fin *ff. de petit. hered.* neanmoins si l'action presse & qu'elle ne puisse estre differée, il la pourra intenter, sauf à celuy qui le trouble d'intervenir en l'instance: & celui-cy peut même revendiquer les effets, *L. 49. ff. eod.*] — 20. Des actions urgentes de la succession, qui viennent durant le procés pour la parentele.





CHAPITRE VII.

De la succession d'entre mari & femme.

SOMMAIRE.

1. *Si le droit en vertu duquel le mari & la femme se succedent l'un à l'autre, est une veritable succession.*
2. *Partage de la matiere.*
3. *Comment le titre* unde vir & uxor, *s'observe en païs de Droit écrit, & de l'Authentique* Præterea.
4. *Si le mari peut demander la quarte.*
5. *Si cette quarte est sujette aux dettes du mari.*
6. *Si la femme a la querelle d'inofficiosité, pour demander cette quarte.*
7. *De qui les enfans doivent estre heritiers pour reprendre cette quarte, & si c'est un bien paternel.*
8. *Des imputations qui se font sur cette quarte.*
9. *Que le nombre de toute sorte d'heritiers regle cette quarte.*
10. *Si une femme qui a negligé de prendre cette quarte sur la succession de son premier mari, la peut demander sur celle du second.*
11. Quid *si la fortune de la femme change depuis la mort du premier mari.*
12. *Arrest pour cette quarte.*
13. *Coutumes qui admettent expressément le titre* unde vir & uxor.
14. *Coutumes qui rejettent ce titre expressément ou tacitement.*
15. *Si la veuve de l'étranger exclut le fisc.*
16. Quid *de la veuve du bâtard.*
17. *Resolution pour l'affirmative.*
18. *Réponse à l'objection tirée de la regle* si vinco vincentem te.
19. *Si la separation d'habitation fait obstacle à cette succession. Plusieurs distinctions.*
20. Quid *si la separation est de fait seulement.*
21. Quid *si elle estoit ordonnée en Justice.*
22. Quid *si elle est fondée sur l'adultere.*
23. *Si la femme, qui s'est remariée, peut succeder à son premier mari.*
24. Quid *si elle s'est remariée dans l'an du deuil.*
25. *Si le mariage putatif donne lieu de succeder en vertu de ce titre.*
26. Quid *d'un mariage subsequent.*
27. Quid *d'un avec dispense.*
28. *Des extensions qu'Accurse & du Molin ont données à ce titre.*
29. *Si les meubles stipulez propres à la future épouse,* & aux siens de son côté & ligne, *entrent dans cette succession.*
30. *Resolution pour l'affirmative.*
31. *Si dans les Coutumes même qui excluent cette succession, le mari sera preferé au fisc pour les propres fictifs, la realisation n'estant point pour le fisc.*
32. Quid *si le mari domicilié en Bourbonnois a des biens à Paris.*
33. Quid *s'il a des rentes à Paris ou sur l'Hostel de Ville.*
34. Quid *des autres dettes actives.*
35. *Si le mari qui tuë sa femme surprise en adultere, luy peut succeder.*
36. *S'il peut succeder à un enfant commun, qui a esté heritier de sa femme.*
37. *Du mari qui intente une fausse accusation d'adultere.*
38. *Des causes d'indignité.*
39. *Si le survivant, qui succede en vertu de ce titre, est saisi de plein droit.*
40. Quid *si la Coutume n'admet pas précisément cette succession.*
41. Quid *si la femme est instituée, & que le mari n'ait point laissé d'heritiers, ou que ses heritiers renoncent.*
42. *Que le survivant n'est saisi qu'improprement en vertu du titre* unde vir & uxor.
43. *Si cette succession fait des propres. Renvoy.*
44. *Si le conjoint qui est heritier à ce titre, peut demander la reduction de la disposition.*
45. *Si les meubles & conquests, dont le survivant profite en quelques Coutumes, luy viennent à titre de succession.*
46. *De la reversion entre conjoints.*
47. *Du preciput legal des meubles établi par l'article 238. de la Coutume de Paris.*
48. *Qu'il n'appartient qu'aux Nobles.*
49. *Que les conjoints doivent avoir esté en communauté.*
50. *Qu'il n'a point lieu, s'ils ont esté separez.*
51. *Qu'ils doivent avoir eu leur domicile dans le ressort de la Coutume de Paris.*
52. *Qu'il ne doit point y avoir d'enfans du mariage.*
53. *Que le survivant qui accepte le preciput, doit payer les dettes mobiliaires & les obseques.*
54. *Que cela n'emporte pas la confusion des reprises.*
55. *Ni des recompenses.*
56. *Mais bien du preciput conventionnel.*
57. *Et du deuil de la veuve, qui fait partie des obseques.*
58. *Que le survivant doit faire inventaire.*
59. *Sans avoir besoin de Lettres de benefice.*
60. *Divers effets de ce privilege.*
61. *Que ce preciput empesche de disposer.*

1. Si le droit en vertu duquel le mari & la femme se succedent l'un à l'autre, est une veritable succession.

L'On peut douter, avec raison, si le droit en vertu duquel le conjoint succede à son conjoint qui meurt sans aucuns heritiers, se doit appeller succession : parce qu'il n'y a aucune parentelle entre les conjoints, qui les rende capables de succeder : Aussi lorsque l'on examine de près ce que l'un & l'autre Droit a établi sur ce sujet, on conclut volontiers que cette succession n'est fondée que sur une présomption de la volonté du conjoint, qui est predecedé, que l'on se persuade avoir mieux aimé que le survivant luy succedast, que non pas le fisc. C'est pour cela qu'un divorce actuel empêche cette succession, faisant une présomption contraire à celle sur laquelle ce Droit a esté établi. C'est aussi pour cela qu'un conjoint qui se porteroit heritier pur & simple,

n'excluroit pas des collateraux heritiers beneficiaires dans les Coutumes où cette exclusion a lieu entre heritiers, si ce n'est en la Coutume de Berry, qui permet cette exclusion aux conjoints même, tit. 19. art. 22. & c'est sur ce même fondement qu'il sera dit dans la suite, que cette forme de succession ne fait pas des propres, mais des acquests, & que le conjoint qui herite de son conjoint, ne peut pas demander la reduction de sa disposition testamentaire au quint des propres : la volonté expresse qui se trouve dans le testament, empêchant à cet égard la présomption d'une volonté contraire en faveur du survivant.

Enfin, les Loix mêmes nous conduisent à déterminer, qu'à peine ce droit merite le titre de succession : puisque l'on voit que jusqu'au temps des Empereurs Theodose & Valentinien, il n'est point parlé de la succession des conjoints, ausquels avant ce temps on donnoit un secours extraordinaire, qui estoit la possession des biens, qui leur tenoit lieu de succession. Mais de quelque nature que soit ce Droit, succession proprement, ou improprement dite, il fait partie de la matiere des successions *ab intestat* ; & d'autant plus que c'est une succession irreguliere, il

2. Partage de la matiere.

est d'autant plus utile & necessaire d'en examiner les particularitez. Ce qui se peut faire en recherchant en premier lieu de quelle maniere le titre *unde vir & uxor*, s'observe en ce Royaume, tant dans le pays de Droit écrit, que dans le Coutumier. En second lieu, en considerant les qualitez qui sont necessaires en la personne, tant du predecedé, que du survivant, pour donner lieu à celuy-cy de succeder au deffunt. En troisiéme lieu, en traitant de ce qui compose cette succession. En quatriéme & dernier lieu, en examinant les causes pour lesquelles un conjoint peut estre declaré indigne de cette succession.

3. Commēt le titre *unde vir & uxor* s'observe en pays de Droit écrit, & de l'Authentique *Prat. rea.*

Ce titre qui défere la succession du mari à la femme, & de la femme au mari, sous trois conditions : Que le predecedé ne laisse point de parens, que le mariage soit legitime, & que l'union conjugale ne soit pas rompuë par aucun divorce, s'observe indistinctement en païs de Droit écrit, quoique M. Maynard, liv. 4. chap. 1. ait prétendu le contraire. Mais outre qu'il s'est engagé à dire que ce titre n'avoit point lieu dans tout le Royaume, en quoy il s'est trompé manifestement, pour justifier l'usage particulier du Parlement de Toulouse, il ne s'est fondé que sur un Arrest du 17. Avril 1575. dans l'espece duquel celui qui se prétendoit heritier, & Monsieur le Procureur General, alleguerent des faits d'ingratitude & d'indignité, qui donnerent lieu d'ajuger la succession au Roy à titre de desherence, à l'exclusion de la femme. Ce n'est pas que l'on n'ait douté long-temps en plusieurs Parlemens, si ce titre se devoit observer, & même au Parlement de Paris. Mais il y a toûjours eu beaucoup d'endroits où il a esté gardé, & même des Coutumes qui l'ont ainsi ordonné, comme la Coutume de Berry, chap. 9. art. 8. & celle de Poitou, art. 299. jusqu'à ce qu'enfin cette succession est devenuë un Droit uniforme dans le Royaume, qui s'observe par tout où il n'y a point de disposition contraire, comme l'atteste Jean Imbert en son Enchir. & Pap. en ses Arrests, liv. 21. tit. 1. Arr. 19. V. Bouguier lettre S. nomb. 12.

Mais dans le païs de Droit écrit, outre la disposition de ce titre, l'on observe encore l'Authentique *Praterea*, qui est tirée de la Novelle 117. chap. 5. qui donne au survivant, qui est dans la necessité, la quatriéme partie des biens du deffunt, quand il n'a laissé que trois enfans ou moins : ou sa part afferente, quand il y en a plus, à la charge de reserver cela aux enfans communs lorsqu'il y en a, & sans reserve, lorsqu'il n'y a point d'enfans communs : nous avons une disposition à peu prés semblable à celle de cette Authentique, dans l'art. 300. de la Coutume d'Anjou, où il est dit, qu'une femme noble qui est principale heritiere de ses pere & mere, ou de l'un d'eux, ne prend point de doüaire sur les biens de son mari. Or quand la Loy parle d'une femme pauvre, & qui n'a point eu de dot, *superstes autem laboret inopia*, elle entend aussi parler d'une femme qui n'a eu qu'une tres-petite dot : parce que c'est une maxime de Droit, établie en la Loy *Quamvis ff. de condition. & demonstrat.* que *parum & nihil aquiparantur.* En second lieu, elle n'entend pas parler d'une femme qui ait un pere riche : car si le pere qui n'a pas doté, estoit opulent ou accommodé, la plûpart des Docteurs estiment, que comme il est obligé de doter & de nourrir sa fille, le cas de la quarte cesse. En troisiéme lieu, il y a des cas, dans lesquels la pauvreté ou la richesse de la veuve & de la succession du mari, depend de la commune renommée, selon Bartole sur la Loy *Constante ff. solut. matrim.* joint à cela l'arbitrage du Juge.

Enfin, quand la Loy parle d'enfans, elle comprend les petits-fils, ensorte neanmoins que toute une branche de petits-fils, ne soit comptée que pour une seule teste.

L'on doute si cette disposition a lieu à l'égard du mari, qui est dans la necessité, comme à l'égard de la femme. Cependant l'Authentique *Praterea C. unde vir & uxor*, parle du survivant sans distinction. De plus, la Novelle 53. chap. 6. §. 2. attribuë ce droit au mari & à la femme. Mais il est aussi constant que la Novelle 117. ch. 5. l'a ôté au mari en ces termes : *Virum enim in talibus casibus, quartam secundùm priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.* On peut dire que la raison de cette difference ainsi établie par le dernier Droit entre l'homme & la femme, est que la nature a donné plus de force à l'homme pour gagner sa vie : & que d'ailleurs cette quarte est donnée à l'exemple de celle que la Loy avoit déja donnée à la femme, qui s'estant mariée sans dot estoit repudiée : & afin que la femme qui avoit vécu dans une heureuse union avec son mari, ne fût pas traitée moins favorablement, que celle avec laquelle le mari avoit fait divorce, qui est un motif que je trouve dans le même chap. 6. de la Novelle 53. d'où il suit que l'une & l'autre quarte est un droit du sexe. C'est pourquoy je ne me puis assez étonner que Maistre Charles du Molin sur le cons. 24. de Decius, ait cru que le mari pouvoit demander la quarte, *Eadem*, dit-il, *intelligo ex parte viri.*

4. Si le mari peut demander la quarte.

En second lieu, on demande si cette quarte est sujette aux dettes du mari : ce que j'estime estre sans difficulté, dautant que les Loix donnant à la femme, en ce cas, la quatriéme partie des biens qui se trouvent dans la succession du mari, il faut commencer, pour trouver cette quotité, par une deduction des dettes passives, qui diminuent les biens à proportion, suivant la maxime triviale, qui dit, *bona non dicuntur, nisi deducto are alieno :* Veu d'ailleurs qu'en cas qu'il y ait plus de trois enfans, la Loy donne à la femme autant qu'à l'un des enfans, *tantum accipere jubemus mulierem, quantum uni competit filiorum*, dit la Novelle 117. chap. 5. Or les enfans

5. Si cette quarte est sujette aux dettes du mari.

n'ont leurs parts & portions, qu'aprés que les dettes ont esté deduites : c'est pourquoy il faut présupposer la même chose à l'égard de la femme, & expliquer ainsi ces mots de la Novelle *ut liceat matri & aviæ* 117. & de la Novelle 53. *quartam partem ejus substantiæ*, qu'ils s'entendent toutes charges deduites.

6. Si la femme a la querelle d'inofficiosité pour demander cette quarte.

L'on propose une troisiéme question, qui est de sçavoir, si la femme a la querelle d'inofficiosité pour demander cette quarte : Et l'on ne doute pas qu'elle n'ait cette quarte, au cas que son mari ait testé, comme l'a tres-bien observé Balde sur l'Authentique *Praeterea C. unde vir & uxor*, & c'est un retranchement, qui a le même effet que la querelle d'inofficiosité avoit dans le Droit contre les donations entre-vifs, & parmi nous tant contre les donations entre-vifs, que contre les testamentaires : c'est à dire, que la femme ne fait pas pour cela casser l'institution & le testament ; mais qu'elle prend sur le total des biens, même ceux contenus en l'institution, une quatriéme partie ; mais elle n'a pas le droit de poursuivre cette quarte contre des donataires entre-vifs, n'y en ayant aucune disposition dans le Droit, & ces mots de la Novelle 53. chap. 6. *quartam partem ejus substantiæ habere mulierem*, qui sont repetez dans le chap. 5. de la Novelle 117. ne comprenant que les biens qui sont au temps du decés : de même que par l'ancien Droit la legitime des enfans ne se prenoit point sur les donations entre-vifs, & qu'il a fallu à cet effet une Loy précise, & qui est introductive d'un Droit nouveau ; c'est la Loy *Si totas C. de inoffic. donat.* qui ne parle même que des donations universelles. Or n'estant point fait mention d'un pareil établissement pour la quarte dont il s'agit, il faut conclure qu'elle n'a point lieu contre des donataires entre-vifs : car c'est un principe que toutes les actions revocatoires doivent estre appuyées sur des Loix formelles, comme celles qui se donnent pour la legitime des enfans, pour la conservation des droits des creanciers, que l'on a voulu frustrer par des alienations frauduleuses, & pour l'execution de la Loy *Fœminæ*, & de la Loy *Hac edictali C. de secund. nupt.*

7. De qui les enfans doivent estre heritiers pour reprendre cette quarte, & si c'est un bien paternel ou maternel.

On peut encore demander si la proprieté de cette quarte appartient à tous les enfans indistinctement, soit qu'ils se portent heritiers, soit qu'ils renoncent, & s'il leur suffit pour l'obtenir qu'ils soient heritiers du pere : Enfin, si estant heritiers du pere & de la mere, cette quarte leur sera un bien paternel ou maternel : Et j'estime en un mot que cette quarte est de la succession du pere dans le temps même qu'elle retourne aux enfans en pleine proprieté, & qu'il y a bien de la difference entre cette reserve & celle des liberalitez d'un premier mari, que la femme qui se remarie est obligée de conserver aux enfans de son premier lit : parce que la femme qui se remarie, ne laisse pas d'avoir la pleine proprieté des avantages qu'elle a reçûs de son premier mari, quoiqu'elle soit obligée de les reserver ; au lieu que la femme n'a qu'en usufruit la quarte dont il s'agit, ce qui est decidé par le chap. 5. de la Novelle 117. en ces termes : *Ita quippe ut solum usum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur* : ainsi cette quarte appartient en simple proprieté aux heritiers du pere, & aprés la mort de la femme en proprieté & en usufruit, de la même maniere que dans nôtre Droit, les heritages sujets au doüaire de la veuve, que plusieurs même ont comparé à cette quarte : c'est ce que montre amplement Jean-Baptiste Hodierna, sur la huitiéme décision de Surdus. Et sur ce fondement, il faut dire que le tout, c'est à dire, tant la proprieté, que l'usufruit qui est consolidé, est reputé paternel en la personne des enfans. Ce qui se verifie encore en ce que lorsque la quarte se donne à une seconde femme, dont le mari n'a point eu d'enfans, elle retourne aux enfans du premier lit, qui ne sont point cependant les heritiers de leur belle-mere, suivant ce qui est dit précisément en l'Authentique *Praeterea C. unde vir & uxor, succedat uxor cum liberis communibus alteriusve matrimonii, ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet.* Enfin, les enfans profitent de la consolidation de cet usufruit par le même Droit qu'ils ont en la proprieté, à laquelle l'usufruit ainsi consolidé, retourne de luy-même, comme la pleine joüissance retourne au proprietaire, en tout autre cas, sans qu'ils tiennent rien de la mere, à qui cet usufruit appartenoit.

8. Des imputations qui se font sur cette quarte.

Au reste, il faut observer pour la pratique de cette quarte, 1. qu'on y impute les legs, que le mari a fait à sa femme par son testament, suivant l'Authentique *Praeterea C. unde vir & uxor*, sur la fin.

9. Que le nombre de toutes sortes d'heritiers regle cette quarte.

2. Que le nombre des heritiers collateraux, aussibien que des enfans, regle le droit de la femme, & qu'elle prend une portion virile quand ils excedent le nombre de trois : de même, on se regle aussi sur le nombre des ascendans, quand ce sont des ascendans, qui sont heritiers, selon Bartole sur la même Authentique.

10. Si une femme qui a negligé de prendre cette quarte sur la succession de son premier mari, la peut demander sur celle du second.

3. Que selon quelques-uns, une femme qui a negligé de prendre sa quarte sur les biens de son premier mari, n'est pas recevable à la demander sur ceux du second ; mais je ne vois pas le fondement de cette opinion, & ce cas n'estant point excepté par les Novelles, j'estimerois que ce seroit aux heritiers seuls du second mari à luy fournir cette quarte : parce qu'elle porte son nom le reste de ses jours, & les heritiers le doivent respecter en sa personne, & faire honneur à la memoire du deffunt, en donnant à sa veuve de quoy subsister : & c'est la raison pour laquelle on croit communément, que les doüaires ont esté établis.

11. Quid si la fortune de la femme change depuis la mort du premier mari.

4. Que si la fortune de la femme reçoit quelque changement depuis la mort du mari, en sorte qu'elle devienne, ou plus riche, ou plus pauvre, il faut distinguer, selon Maistre Charles du Molin, sur le Conseil 24. de Decius : car si la femme qui estoit pauvre au moment de la mort, recueille une ample succession peu de jours aprés, il ne luy est point dû de quarte : si au contraire paroissant assez bien dans ses affaires lors même du decés, elle vient à estre ruinée quelque temps aprés, par une incendie, ou par un naufrage, elle peut demander la quarte. Que si ces changemens arrivent long-temps aprés la mort du mari, il faut laisser les choses en l'état qu'elles sont.

12. Arrest pour cette quarte.

5. Cette quarte se pratique dans tout le païs de Droit écrit, & il y en a un Arrest du Parlement de Toulouse, rendu aux Grands Jours du Puy, au mois d'Octobre 1548. & rapporté par Papon en ses Arrests, liv. 15. titre 4. Arr. 7. Plus, un jugement du Prevost de Paris, rapporté par Bacquet en sa quatriéme Partie du droit d'Aubeine, chap. 33. nomb. 8.

13. Coutumes qui admettent le titre *unde vir & uxor*.

Aprés avoir parlé de la maniere, dont le titre *unde vir & uxor*, s'observe en païs de Droit écrit, il faut voir ce qu'on en dit en païs coutumier, & distinguer trois sortes de Coutumes. La premiere, est de celles qui admettent la succession entre conjoints par des dispositions précises. La seconde, de celles qui la rejettent. La troisiéme,

troisiéme, de celles qui n'en parlent point. La Coutume de Poitou l'admet expressément en l'article 299. qui porte, *& où il n'y auroit lignager capable à succeder, la femme succederoit au mari, & le mari à la femme, plutost que lesdits biens soient dits vacans.* Autant en dit la Coutume de Berry, tit. 19. article 8. sur lequel Maistre Charles du Molin a dit; qu'au cas que les conjoints peuvent se succeder, ils peuvent aussi s'instituer heritiers, & se faire d'autres dispositions testamentaires, nonobstant la prohibition de la Coutume, & que même ils peuvent tout cela, quoiqu'ils ayent des heritiers presomptifs, pourvû que ces heritiers renoncent dans la suite.

14. Coutumes qui rejettent ce titre expressément ou tacitement. Au contraire, la Coutume de Bourbonnois en l'article 328. prefere le fisc au conjoint survivant, & il y a d'autres Coutumes qui ne rejettent pas directement la succession d'entre conjoints; mais qui le font indirectement, en admettant le Seigneur Haut-Justicier au deffaut d'heritiers d'une ligne, & cela à l'exclusion de ceux de l'autre ligne. Car on induit de cette disposition, que le Seigneur-Haut-Justicier excluant des heritiers, sous pretexte qu'ils ne sont pas de la ligne d'où les biens procedent, exclut à plus forte raison le conjoint qui seroit exclus dans la concurrence par ces mêmes heritiers. Telle est la Coutume de Normandie, art. 245. celle du Maine, art. 286. celle d'Anjou, art. 268. Ce qui a esté jugé pour la Coutume du Maine par Arrest du 2. Aoust 1618. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre F. de Monsieur Loüet, nomb. 22. Arr. 1. Mais il est sans difficulté, que l'on peut déroger à toutes ces Coutumes par des contrats de mariage: parce que c'est un retour à la disposition du Droit commun qui est favorable, & il est juste, que celuy qui n'a point d'heritiers, ait la faculté de s'en adopter, même par testament, c'est le sentiment de Petrus Greg. liv. 45. chap. 14. nomb. 1.

Enfin la Coutume de Paris & plusieurs autres ne font aucune mention de cette succession, & on ne laisse pas de l'admettre dans ces Coutumes, comme il se voit dans les livres les plus communs.

15. Si la veuve de l'étranger exclut le fisc. Il faut examiner à present les qualitez necessaires. Et l'on demande sur ce sujet, si la veuve de l'étranger exclut le fisc: Et il est certain que non, à moins que le Roy n'ait accordé des Lettres de naturalité; parce que le fisc exclut les parens de l'étranger, qui excluroient la veuve. Bacquet du Droit d'Aubeine chapitre 33. nomb. 1. Monsieur Loüet lettre F. nomb. 22. & en la lettre V. nomb. 13.

16. *Quid* de la veuve du bâtard. 2. On demande si la veuve du bâtard exclut le fisc: Et la raison de douter est, qu'il semble que si le titre *unde vir & uxor* est admis, même dans les Coutumes qui n'en parlent point, ce ne doit pas estre au prejudice des droits du Roy, & que comme cela est indubitable, à l'égard de la succession des aubeins & étrangers, cela doit aussi avoir lieu pour la succession des bâtards, qui regulierement n'ont point d'heritiers, ni de parens collateraux, & le Roy excluant tous ceux qui les touchent par le droit de nature, & qui excluroient la femme, si le lien civil se trouvoit uni avec la proximité du sang, doit aussi exclure la femme même.

17. Resolution pour l'affirmative. Il faut dire neanmoins, que la femme succede au prejudice du fisc, & qu'il y a grande difference entre les aubeins ou étrangers qui vivent libres & meurent esclaves; & les bâtards qui vivent & qui meurent libres: c'est pourquoy le Roy, ni le Seigneur Haut-Justicier, n'a pas un droit si absolu sur la succession de ceux-cy, dont la preuve est qu'ils peuvent tester, ce que les étrangers ne sçauroient faire. D'ailleurs, les bâtards reparent, au respect de leurs conjoints, le deffaut de leur naissance, par un mariage legitime: ainsi leurs conjoints sont en état de leur succeder. Mais le mariage ne fait rien à la qualité d'étranger, c'est sur le même fondement, qu'un bâtard peut donner tous ses biens à sa femme durant le mariage.

Et pour répondre à l'objection, que le fisc exclut les parens du bâtard qui excluroient sa femme, s'ils avoient le lien civil, comme ils ont la proximité du sang, on peut dire que cet argument qui est fondé sur la regle *si vinco vincentem te, multò magis te vinco*, n'a point lieu ici en faveur du fisc, comme dans le cas du droit d'Aubeine: car les seuls heritiers reguliers du bâtard, qui sont ses enfans legitimes, excluent le fisc, bien loin qu'il les exclué. 18. Réponse à l'objection tirée de la regle *si vinco vincentem te.*

Enfin, nôtre opinion est appuyée de l'avis de Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynutius*, sur le mot, *Uxorem nomine Adelasiam decis. 5. n. 155.* & est fondée sur un Arrest du 22. Mars 1630. rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 2. chap. 63.

Il faut dire sur le même fondement, que si deux bâtards se sont mariez l'un avec l'autre, ils se succederont reciproquement, parce que s'ils ne sont pas enfans legitimes, ils n'en sont pas moins de legitimes conjoints. Que s'ils avoient eu des enfans, ils auroient pû succeder à leurs meubles & acquests, parce qu'ils leur auroient esté de legitimes ascendans, le vice des pere & mere du bâtard ne diminuant rien des effets de son mariage, comme il est dit en la Loy unique *C. Theod. de legit. hered. fisco qualiacumque jura matrimonii praeponimus.* Que si un mari qui n'a point de famille meurt en quelqu'un de ces Hôpitaux, qui ont des privileges pour succeder à ceux qui decedent chez eux sans heritiers, ce qui luy peut arriver à l'occasion de quelque voyage ou pelerinage, sa femme qui est sa veritable heritiere exclut l'Hôpital; ce que l'on peut appuyer de la disposition de l'Authentique *omnes peregrini C. communia de succession.*

On demande si une femme qui se trouve actuellement separée d'avec son mari lorsqu'il vient à deceder, peut esperer de luy succeder: Et en premier lieu, une separation de quelque temps, ne donne point lieu de priver la femme de la succession de son mari, qui est decedé sans heritiers, aussi cela a passé en maxime, & la Loy 3. *ff. de divort.* dit, *brevi reversa uxor, nec divortisse videtur.* 19. Si la separation d'habitatiõ fait obstacle à cette succession. Plusieurs distinctions.

En second lieu, j'estime qu'une separation d'habitation, qui est de fait seulement, & qui n'a point esté ordonnée en Justice, doit donner lieu indistinctement de priver le survivant de la succession du predecedé, parce qu'en ce cas, il y a de la faute des deux conjoints: à l'un de l'avoir causée, & à l'autre de l'avoir consentie contre le vœu solemnel de son mariage, & ils font tous deux tout ce qui leur est possible, & ce qui ne leur est pas permis, pour se separer. Aussi la Loy unique, *ff. unde vir & uxor §. 1.* dit, *sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen jure durat matrimonium, hac successio locum non habet*, & une femme qui abandonne son mari, perd la donation à cause de mort, que son mari luy avoit faite, *L. 11. §. 10. ff. de donat. inter.* Comme aussi un mari qui quitte sa femme, ne gagne pas sa dot, quoiqu'il y en ait clause dans le contrat de mariage: aussi par la disposition de plusieurs Coutumes la femme en ce cas perd son doüaire. 20. *Quid* si la separation est de fait seulement.

Ainsi la Coutume de Normandie dit en l'article 376. *La femme n'a douaire sur les biens de son mari, si elle n'estoit avec luy lors de son decés*, & en l'article 377. *ce qui se doit entendre quand elle a abandonné son mari sans cause raisonnable, ou que le divorce est avenu par la faute de la femme : mais s'il avient par la faute du mari, ou de tous deux, elle aura son doüaire.*

21. *Quid* si elle est ordonnée en Justice. En troisiéme lieu, la separation d'habitation, qui est ordonnée en Justice, empêche encore, à mon avis, les deux conjoints de se succeder : & il ne faut point distinguer en ce cas, celuy qui donne lieu au divorce, d'avec celuy qui le demande, le divorce estant toûjours une faute commune du mari & de la femme : ce qui se peut verifier & par l'esprit, & par les termes précis de la Loy : puisque l'objet qu'on a eu en établissant cette succession reciproque entre conjoints, qui meurent sans heritiers, outre celuy de preferer tout le monde au fisc, a esté d'honorer en la personne du survivant le souvenir d'un mariage bien concordant, & d'accomplir en cela la volonté du deffunt, qui est presumé avoir voulu aussi preferer son conjoint au fisc. C'est ainsi que l'on ôte le don mutuel à la femme, qui s'est fait separer, parce qu'il n'est que des biens communs au jour du trépas, & que d'ailleurs il est fondé comme nôtre succession sur l'union conjugale : outre que celuy qui est exempt de faute, est quelquefois la cause des fautes d'autruy : *multa sunt sine culpa, non tamen sine causa*, dit le C. *quoniam frequenter ut lit, non cont. 34. distinct. si cujus de cler. agr.*

22. *Quid* si elle est fondée sur l'adultere. Il faut dire, à plus forte raison, que si les conjoints sont separez pour adultere, le coupable ne succede point à l'autre : car puisque la femme perd sa dot en ce cas, & le mari sa donation à cause de nôces, à plus forte raison l'adultere doit perdre la succession de celuy qui est predecedé, que ce crime regarde principalement. Mais l'innocent succedera-t-il au coupable? Et j'estime qu'il doit succeder à ce qui reste dans la succession, parce qu'il ne s'agit pas ici d'une zizanie gratuite, qui soit une faute commune des deux conjoints ; mais d'un crime particulier de l'un des conjoints, qui est commis principalement contre l'autre.

23. Si la femme qui s'est remariée, peut succeder à son premier mari. La quatriéme question est, de sçavoir si la veuve, qui s'est remariée, peut demander, au deffaut d'heritiers, la succession de son premier mari, parce qu'il semble qu'elle soit sortie de sa famille par le moyen de son second mariage, *fortuna est mutata thoris*. Mais il a esté jugé par un Arrest de la prononciation de la Nostre-Dame de Septembre 1606. qu'elle y estoit bien fondée: parce qu'un second mariage n'efface point l'alliance contractée par un premier, & cet Arrest est rapporté par Chenu qu. 79. de la 1. Cent. par Monthelon Arrest 92. & par Maistre Antoine Mornac sur la

24. *Quid* si elle s'est remariée dans l'an du deüil. Loy 3. *ff. unde vir & uxor*. Ensorte que la difficulté ne pourroit estre qu'à l'égard d'une veuve qui se seroit remariée dans l'an du deüil. Car d'un côté le Droit Romain, dont nous avons emprunté la succession d'entre conjoints, la prive en ce cas de la succession de son mari, & la declare indigne de toutes ses liberalitez. Il ajoûte, qu'elle ne pourra succeder à ses propres parens qui sont audelà du troisiéme degré. Il decide qu'elle ne pourra profiter d'aucune donation entre vifs ou testamentaire, de qui que ce soit. Enfin, il attache de l'infamie à son incontinence; mais d'autre côté il faut convenir, que toutes ces peines n'ont point lieu parmi nous, & que l'année du deüil n'est pas de nôtre Jurisprudence. Il y en a une disposition expresse dans le chapitre dernier, *extra de secund. nupt.* J'estimerois neanmoins, que quand la veuve se remarie bientost aprés la mort de son mari, qu'elle blesse en cela le respect qu'elle doit à sa memoire, & fait apprehender la confusion du sang, comme, en ce cas, elle est privée de son doüaire, suivant l'Arrest de l'Audience de la Grande Chambre du 10. Juin 1664. aussi elle doit estre declarée indigne de la succession de son mari, au cas même qu'elle luy ait déja esté ajugée.

☞ A plus forte raison la seconde femme peut succeder à celuy qui l'a épousée en secondes nôces. Peleus liv. 4. act. 19. en rapporte un Arrest du 7. Septembre 1600. rendu pour la Coutume de Lorris, qui n'a point de disposition pour la succession d'entre mari & femme.]

Enfin il faut observer, qu'encore que la Loy unique *ff. unde vir & uxor*, demande précisément que le mariage soit legitime, & declare qu'un mariage non valablement contracté, ne produisant aucun effet, ne donne pas d'ouverture à cette succession. *Nihil enim capi propter injustum matrimonium potest*, neanmoins dans les cas où le mariage n'estant pas valablement contracté, ne laisse pas d'avoir les effets civils à cause de la bonne foy de l'un des conjoints, celuy qui est en bonne foy, peut succeder à l'autre en vertu du titre *unde vir & uxor*, quoique l'autre ne luy succede pas : & cet exemple n'est pas nouveau, puisqu'il a esté dit cy-dessus au chapitre de ceux qui sont capables ou incapables de succeder, sect. 2. nomb. 5. & suiv. qu'il y avoit plusieurs autres exemples où l'on peut succeder à celuy qui ne peut pas succeder de son côté. C'est pourquoy si un Prestre celant ses Ordres & son Caractere, ou un homme qui avoit contracté un premier mariage, ou un condamné à mort, a épousé une femme qui estoit en bonne foy, j'estime qu'elle luy peut succeder, au deffaut d'autres heritiers. Il y en a même une disposition expresse dans la Loy *Qui contra ff. de incest. nupt.* qui dit, que celuy qui a contracté de bonne foy un mariage défendu, ne laisse pas d'en pouvoir profiter ; mais cette Loy ajoûte une condition, laquelle n'a pas lieu parmi nous, qu'il doit resilir de son mariage dés que le deffaut en est venu à sa connoissance. Cette même Loy dit encore, que la bonne foy doit estre fondée sur une erreur, dont il n'étoit pas aisé de revenir, *acerrimo errore*, ce qui exclut toute excuse fondée sur l'ignorance du Droit, & demande un juste sujet d'erreur dans le fait. — 25. Si le mariage putatif donne lieu de succeder en vertu de ce titre.

26. *Quid* d'un mariage subséquent. Il faut dire, à plus forte raison, que celle qui ayant esté entretenuë, comme une concubine, a eu le bonheur de purger cette faute par un mariage subsequent, n'est pas incapable de succeder à son mari : parce que la vertu du Sacrement a rectifié son état, & elle est au nombre des femmes legitimes, selon la Novelle 74. chap. 1. & la Loy *Cum quis 10. C. de natur. lib.* Aussi ses enfans ne deviennent legitimes, & capables de succeder que par son moyen.

27. *Quid* d'un avec dispense. *Quid* d'un non consommé. Il est aussi constant, que les mariages fondez sur des dispenses legitimes, donnent aux conjoints le droit de succeder l'un à l'autre ; mais un mariage non encore consommé ne donneroit pas ce droit, selon le conseil de Bartole.

28. Des extensions qu'Accurse & du Molin ont donné à ce titre. Voilà ce qui concerne les qualitez requises pour donner lieu à cette succession. Car il n'est pas necessaire de rapporter ici l'opinion d'Accurse, lequel sur le §. *Affinitatis*, au mot *postea instit. de nupt.* a estimé qu'au deffaut du mari, ses parens succedoient à sa femme decedée sans heritiers, & de même les parens de la femme suc-

cedoient au mari, tout le monde ayant donné contre cette ouverture, qui n'a aucun fondement dans le Droit.

L'on sçait aussi que Maistre Charles du Molieu a donné un autre effet à ce titre, & a prétendu que quand les seuls heritiers que pouvoit avoir le mari, renoncent à sa succession, alors non seulement la femme pouvoit succeder; mais la disposition faite par le mari au profit de sa femme, contre les termes de la Coutume, commençoit à pouvoir subsister, tant, parce que la prohibition portée par les Coutumes n'estoit qu'en faveur des heritiers, qu'à cause que la femme estant lors en état de pouvoir succeder, pouvoit aussi estre donataire. *Etiam conjux potest heres institui, & valet institutio hoc casu : Amplio etiam si defunctus reliquit superstites habiles ad succedendum, si abstinere malunt, quia tunc idem est, ac si non essent in rerum natura.* C'est ainsi que l'heritier, qui se trouve seul appellé à la succession, peut estre tout ensemble legataire & heritier, personne n'ayant droit de luy objecter l'incompatibilité de ces qualitez.

29. Si les meubles stipulez propres à la future épouse *& aux siens de son costé & ligne*, entrent dans cette succession.

A l'égard de ce qui compose cette succession, l'on peut demander premierement, si les meubles stipulez propres dans tous les trois degrez, qui entrent ordinairement dans la clause de la realisation, c'est à dire, qui sont stipulez propres *à la future, & aux siens de son costé & ligne*, peuvent faire partie de la succession d'entre conjoints, & la raison de douter est, que cette clause est stipulée pour avoir lieu indistinctement contre le conjoint, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 17. du titre 23. de la Coutume de Nivernois, où il dit, *hoc est indistinctè verum contra maritum, sed non respectu aliorum.* D'ailleurs, il semble que le conjoint estant exclus de pouvoir profiter à titre de communauté de la chose realisée, non plus qu'à titre de succession de ses enfans, à plus forte raison n'en puisse pas profiter de son chef, & comme heritier de son conjoint, qui est predecedé.

30. Resolution pour l'affirmative.

J'estime nonobstant tout cela, qu'une somme ainsi realisée peut faire partie d'une succession d'entre conjoints, parce que ces trois degrez de realisation sont à la verité contre le mari; mais ils sont au profit de la femme, de ses enfans & de ses collateraux : ensorte que si la femme meurt, qu'il n'y ait point d'enfans du mariage, ni de parens collateraux qui puissent succeder, l'objet de la realisation cessant, elle cesse aussi. Cette clause est, à proprement parler, une institution contractuelle, dans laquelle la femme ou son tuteur, declare que chaque fois que son mari pourroit profiter de la chose realisée, soit à titre de communauté, soit à titre de la succession des premiers enfans qui viennent à deceder, soit à titre de la succession du dernier des enfans, soit même à titre de disposition, ils l'excluent pour y faire venir la famille en sa place, ensorte que c'est une institution contractuelle *pro re certa*, c'est à dire, pour une preference perpetuelle, que la famille doit avoir sur la personne du mari; mais cette preference n'est pas donnée, ni presumée donnée au fisc, qui a toûjours le dernier lieu dans l'intention de tout le monde. Ainsi le fisc, en ce cas, n'exclut point le survivant dans les propres fictifs du predecedé.

31. Si dans les Coutumes même qui excluent cette succession, le mari sera preferé au fisc pour les propres fictifs, la realisation n'étant point pour le fisc.

Je vais plus loin, & je pretens, que dans les Coutumes qui excluent precisément la succession d'entre conjoints, comme dans la Coutume de Bourbonnois, qui l'exclut, art. 328. & dans celles qui la rejettent indirectement, comme les Coutumes de Normandie, art. 245. du Maine, art. 286. & d'Anjou, art. 268. le fisc ne doit point profiter de la realisation au prejudice du mari, & nonobstant la stipulation de propre, la somme doit entrer en communauté, quand il n'y a que le fisc qui est heritier de la femme, par la même raison, que la realisation n'a esté faite que pour les heritiers de la femme; & non point pour le fisc, qui est un heritier irregulier : Aussi l'on a jugé dans le cas contraire, que le fisc estant aux droits du mari, dont les biens estoient confisquez, ne profitoit pas de l'ameublissement fait des propres de la femme, & l'Arrest en est rapporté par Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 1. nomb. 7. C'est sur le même fondement que le fisc estant aux droits de l'aîné, ne prend point de droit d'aînesse, suivant l'article 344. de la Coutume de Normandie, & qu'estant aux droits de tout autre heritier, il ne peut pas demander la reduction des dispositions testamentaires, ni obliger les coheritiers au rapport.

32. *Quid* si le mari domicilié en Bourbonnois, a des biens à Paris.

En second lieu l'on suppose, qu'un homme est mort en Bourbonnois, où il avoit son domicile, & qu'il avoit des terres aux environs de Paris, & des debiteurs de rentes constituées domiciliez à Paris, & l'on demande si au deffaut d'heritiers sa femme succedera en tous ses biens? Et il est déja constant qu'elle ne succedera point aux meubles du Bourbonnois, la Coutume du pays rejettant, comme il a esté dit, la succession d'entre conjoints, & les meubles suivant le domicile du deffunt, *mobilia ubicumque sint, sequuntur domicilium personæ*, dit Maistre Charles du Molin, sur l'art. 140. de la Coutume de Senlis : aussi elle succedera aux terres situées aux environs de Paris, parce que la disposition de la Coutume de Bourbonnois est bornée dans son ressort, selon la doctrine d'Alexandre & de du Molin, liv. 5. cons. 44. & de Monsieur d'Argentré, sur l'art. 218. de la Coutume de Bretagne, gl. 6. nomb. 9. où il dit, *si plura ejusdem hominis prædia sunt, & diversis territoriis scita, diverso etiam jure legibus & conditionibus regantur, capiantur, transferantur, & acquirantur : Non aliter quam si plura plurium essent patrimonia : quia quoties unum & idem diverso jure regitur, pro pluribus habetur.* Et il n'y a pas d'inconvenient qu'une même personne soit heritiere dans une Coutume, & non dans une autre : ce qui arrive, par exemple, lorsqu'un frere consanguin ou uterin est exclus des biens situez en une Coutume, où le double lien a lieu, & succede aux biens situez dans les autres Coutumes : ou lorsqu'une fille qui a esté dotée, estant excluse des biens situez en Poitou, selon la disposition de l'art. 220. ou au Maine, selon l'art. 241. ne laisse pas de succeder aux biens situez en cette Ville de Paris.

33. *Quid* s'il a des rentes à Paris, ou sur l'Hôtel de Ville.

Et à l'égard des rentes, dont les debiteurs sont domiciliez à Paris, comme c'est un Droit constant que les rentes suivent le domicile du creancier, & non celuy du debiteur, ni le lieu & la situation des hypoteques, il y a lieu de dire que le mari ayant eu son domicile en Bourbonnois, sa veuve ne succede point à ces rentes, si ce ne sont des rentes sur l'Hôtel de Ville de Paris, qui ont toûjours leur assiette & leur situation à Paris, & ausquelles la veuve succederoit par cette raison. Car on a trouvé tant d'inconveniens dans l'opinion de ceux qui croyoient que les rentes dépendoient de la situation de leurs hypoteques, qu'on a esté obligé de l'aban-

donner, les hypoteques se trouvant souvent sous diverses Coutumes ; ce qui n'arrive pas à l'égard des rentes sur l'Hôtel de Ville, qui n'ont qu'une hypoteque speciale, & n'en ont point de generale : & cette Jurisprudence est établie par divers Arrests rapportez par Peleus, liv. 4. act. 86. & par Monsieur Loüet & son Commentateur, sous la lettre R. nomb. 31. Enfin, à l'égard des autres

34. Quid des autres dettes actives.

dettes actives, comme des cedules & obligations, quelques-uns ont cru qu'il falloit suivre le premier domicile d'habitation. Grassus §. *successio ab int. qu. 35. n. 6.* Mais dans la pratique du Palais on suit le dernier domicile d'habitation, *debet attendi ultimum domicilium habitationis*, selon du Molin sur l'art. 22. de la Coutume de Montfort, & par consequent la veuve sera pareillement excluse de ces sortes de rentes.

35. Si le mari qui tuë sa femme surprise en adultere, luy peut succeder.

Il reste à parler des causes pour lesquelles un mari & une femme peuvent estre privez de cette succession ; & en premier lieu, le mari, qui a tué ou fait tuer sa femme, doit estre privé de sa succession, & c'est la disposition de la Loy 10. §. 1. *ff. solut. matrim.* & l'esprit de la Loy unique *ff. unde vir & uxor.* Faber sur le §. *alia deinde*, aux Instit. *de publ. jud.* dit, que la femme qui attente à la vie de son mari, commet un plus grand crime, que la fille qui conspire contre la vie de son pere.

En second lieu, le mari qui tuë sa femme surprise en adultere, doit encore estre privé de sa succession. Le Droit n'a jamais permis cela au mari, & cette vengeance n'estoit donnée qu'au pere, suivant la Loy *Nec in ea 22. §. 4. ff. ad L. Jul. de adult. ideo autem patri non marito mulierem & omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit ; cæterum mariti calor & impetus facile decernentis, fuit refrænandus.* Si la juste douleur du mari l'excuse, en ce cas, elle ne l'exempte pas tout à fait de la peine, comme il resulte de la Loy 38. §. 8. *ff. eod.* & elle ne luy sert au plus que pour luy faire obtenir sa grace, & non pas pour le faire profiter de cette action, & quand il s'est montré un si cruel vengeur de l'honneur de sa maison, il doit mépriser de se dire heritier de celle qui l'a remplie de honte & d'infamie. Bartole sur la Loy *Lucius ff. de jure fisci*, a bien esté plus avant, quand il a pretendu, que celuy même qui tuë quelqu'un dans l'occasion d'une deffense legitime, ne peut pas profiter de sa mort. On auroit peine à dire que le mari qui tuë sa femme surprise en adultere fût aux termes d'une deffense legitime. Que s'il compare, avec raison, l'honneur à la vie, il ne doit pas tirer du lucre du crime de sa femme. Nôtre Jurisprudence a esté plus avant, les Arrests ayant decidé qu'en ce cas, le mari ne peut pas profiter des liberalitez de sa femme ; & c'est ce qui a esté jugé par un Arrest du 10. Avril 1603. rapporté par Peleus, liv. 6. act. 1. Aussi la Loy 10. §. 1. *ff. solut. matrim.* est dans le cas, qu'il y avoit dans le contrat de mariage clause *de lucranda dote*, dont elle declare le mari déchu par le meurtre de sa femme.

36. S'il peut succeder à un enfant commun, qui a esté heritier de sa femme.

Il y auroit plus de difficulté, au cas que le mari ayant tué sa femme surprise en adultere, & ayant obtenu des Lettres de remission, se trouvât l'heritier mobilier d'un enfant issu du mariage, pour sçavoir si la succession de l'enfant n'étant composée que des biens de la mere, il en pourroit profiter : Car le mari ne vient point icy de son chef aux biens de sa femme ; mais il y vient comme heritier de son fils, & du chef de son fils, en la personne duquel il n'y avoit point d'indignité ; aussi la Loy *Filius 42.* au commencement, *ff. de bon. libert.* dit, *Paulus notat ei qui alio jure venit quam eo quod amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest quod habet : sic dictum est patrono, eodemque patronæ filio, non obesse, quod quasi patronus deliquit, si ut patronæ filius venire possit.*

Que si l'on consulte aussi les préjugez, il est certain qu'ils sont pour le pere, & il a esté jugé par Arrest du Mardy 7. Juillet 1615. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 20. Arr. 1. & par Tronçon sur l'art. 311. de la Coutume de Paris, sur la fin, qu'un mari ayant tué sa femme, & obtenu sa grace, pouvoit profiter de ses biens comme heritier de sa fille ; mais si l'on écoute la voix de la nature, ne s'oppose-t-elle pas à cette succession ? La raison civile n'y est-elle pas aussi contraire, lorsqu'elle se declare ainsi en la Loy 10. *ff. solut. matrim. Non enim æquum virum ob facinus suum, dotem sperare lucrifacere.* Car elle ne dit pas, que le mari ne peut pas estre le donataire, ni l'heritier de sa femme, dont il est le meurtrier ; mais elle dit, qu'il ne peut pas profiter de sa dot, pour montrer que naturellement les biens de sa femme n'ont plus cette pente, & doivent appartenir préferablement à toute autre personne, & au fisc même. En effet, generalement par tout, les enfans de l'assassin sont exclus aussi-bien que leur pere, de la succession de la personne, en laquelle l'homicide a esté commis : Que si dans nôtre espece il est en quelque façon necessaire de les admettre, pour ne pas punir les enfans de la personne en qui l'homicide a esté commis, en punissant ceux de son meurtrier : au moins ils ne doivent pas servir de canal au pere pour profiter des biens de sa femme, & tirer du lucre & de l'avantage du crime qu'il a commis. On ne sauve même, en ce cas, la vie au mari, que par la grace du Prince, qui ne s'accorde gueres qu'à la juste douleur de celuy qui trouve sa femme en flagrant délit, & non pas de celuy qui se défait d'une femme adultere : car le sieur Bobetiere Poitevin ayant tué sa femme, & celuy avec lequel elle estoit convaincuë d'avoir des habitudes criminelles ; fut executé à mort, par Arrest de la Chambre de l'Edit du 23. May 1579. rapporté par Papon, liv. 22. tit. 9. Arr. 6.

Que si le mari a fait une fausse accusation d'adultere contre sa femme, il doit estre privé de sa succession : puisque des injures atroces produisent la même indignité, selon la Loy 9. §. 1. *ff. de his quæ ut indig.* & qu'en la Loy 1. du même titre, on declare un affranchi indigne de son legs, pour avoir accusé le deffunt d'avoir vendu des marchandises deffenduës, *quasi illicitæ mercis negotiatorem accusaverit :* Aussi l'on a vû depuis peu condamner un mari en pareil cas à des peines infamantes.

37. Du mari qui intente une fausse accusatiõ d'adultere.

Que si le survivant n'a pas vengé la mort du predecedé, il est indigne de luy succeder, selon la Loy 20. *ff. quæ ut ind.* & la Loy 27. *ff. de jure fisci.*

38. Des causes d'indignité.

Enfin, s'il ne l'a pas secouru dans sa maladie, l'on punit de la même maniere cette negligence criminelle en la Loy *Indignum 3. ff. de his quæ ut ind.* & en la Loy 31. §. 11. *ff. de Ædilitio Edicto*, qui dit, *nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est.*

Il y a encore quelques questions generales, qui sont de la matiere, dont la premiere est de sçavoir, si le survivant qui succede en vertu de ce titre, est saisi de plein droit : La raison de

39. Si le survivant, qui succede en vertu de ce titre, est sai-

si de plein droit.

douter estant, qu'il n'est point l'heritier du sang : cependant il faut conclure pour l'affirmative, & que le survivant qui se trouve en état de succeder au predecedé, lequel n'a point laissé d'autres heritiers, & n'a point fait de testament, est saisi de plein droit de sa succession : parce que ce n'est point par le moyen d'aucun acte, ni d'aucune donation qu'il succede ; mais par une devolution ou par une subrogation, que la Loy ordonne de la personne du survivant au predecedé. Aussi la plûpart des Coutumes declarent indistinctement, que *le mort saisit le vif son plus prochain heritier habile à luy succeder* : ce qui se doit entendre de toute sorte d'heritiers de la famille ; puisque l'on ne doit pas distinguer sur une Coutume indéfinie, & il y a des Coutumes qui vont bien plus loin, & qui declarent des heritiers bien plus irreguliers que ceux-cy, saisis de plein droit, comme la Coutume de Troyes, art. 91. & celle de Chaumont, art. 78. qui disent, que le Seigneur succedant à ses gens de mainmorte, est saisi de plein droit.

40. *Quid* si la Coutume n'admet pas precisément cette succession.

Cette décision doit avoir lieu, soit que la succession arrive au conjoint en vertu d'une disposition précise de la Coutume, comme lorsque les conjoints estoient demeurans, ou avoient des biens situez sous les Coutumes de Berry & de Poitou, soit dans des Coutumes qui n'en parlent point, & où cette succession s'observe en consequence du droit commun.

41. *Quid* si la femme est instituée, & que le mari n'ait point laissé d'heritiers, ou si ses heritiers renoncent.

Enfin comme la regle, *le mort saisit le vif*, se suit à l'égard même de l'heritier testamentaire, quand il est tel qu'il succederoit *ab intestat*, s'il n'étoit pas institué heritier ou fait legataire, j'estime que dans le cas de la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 8. du tit. 19. de la Coutume de Berry, c'est à dire, quand il y a des heritiers qui renoncent, la femme qui est instituée heritiere, ou qui est faite legataire universelle par le testament de son mari, peut estre dite saisie de plein droit, tout ainsi que si les mêmes heritiers renonçant, elle venoit à la succession *ab intestat* de son mari : parce que la renonciation des heritiers presomptifs, ayant un effet retroactif, la femme est presumée seule heritiere, & par consequent saisie, soit qu'elle vienne *ab intestat*, soit qu'elle vienne en vertu d'un testament.

42. Que le survivant n'est saisi qu'improprement en vertu du titre *unde vir & uxor*.

Il y a pourtant quelque difference entre la maniere dont un conjoint, & celle dont un heritier du sang est saisi : car celuy-cy l'est, encore même qu'il y ait un testament contre luy, & c'est en cela proprement que l'heritier du sang se peut dire saisi, obligeant à ce titre les legataires, de luy demander la délivrance de leur legs. Il n'en est pas de même à l'égard du conjoint : car comme la succession ne luy est déferée au défaut d'autres heritiers, que sur une presomption de la volonté du défunt, qui est censé avoir mieux aimé que ses biens passent à son conjoint, qu'à un Seigneur Justicier, la volonté expresse, & le testament du predecedé, non seulement empêche que le survivant ne soit saisi ; mais encore luy ôte absolument la succession, en sorte que tout ce que l'on peut dire, c'est que le conjoint survivant est saisi, quand il n'y a point d'autres heritiers *ab intestat*, ni testamentaires.

43. Si cette succession fait des propres. Renvoy.

On peut demander en second lieu, si cette succession fait des propres : ce qui sera traité au chap. des propres, liv. 2. sect. 1. nomb. 19.

44. Si le conjoint qui est heritier à ce titre peut demander la reduction de la disposition.

L'on demande en troisiéme lieu, si une femme qui est heritiere en vertu du titre *unde vir & uxor*, peut en cette qualité faire reduire les dispositions testamentaires de son mari, quand elles excedent ce que les Coutumes permettent de disposer par testament : car d'un côté la plûpart des Coutumes n'imposent pas tant une reserve des quatre quints des propres au profit des collateraux, comme elles limitent les dispositions testamentaires au quint des propres, & aux meubles & acquests : Ainsi cette limitation est en faveur de quiconque se trouvera heritier. En sorte qu'il semble que les enfans & les collateraux, le mari & la femme, qui viennent en vertu du titre, *unde vir & uxor*, se peuvent également prevaloir de cette limitation.

D'autre part, il est constant, que quand les Coutumes n'ont pas voulu que l'on pût disposer audelà du quint des propres, ou d'une autre quotité, leur intention principale a esté de conserver les biens dans la famille & dans la ligne, dont ils procedent : & qu'ainsi lorsqu'au défaut d'autres heritiers, les biens du mari passent en la personne de la femme, comme ils entrent deslors en une famille étrangere, s'il arrive que le mari en ait disposé auparavant, rien ne peut empêcher que sa disposition n'ait tout son effet. D'ailleurs, c'est un des principes de la matiere, que le droit de succeder entre mari & femme, n'est fondé que sur une presomption de la volonté de celuy des deux qui predecede, qui est reputé avoir mieux aimé que son conjoint luy succedât, que non pas le fisc : Ainsi lorsqu'il paroist une volonté expresse qui prefere l'étranger au conjoint, en ce cas, ce qui est précis & formel, fait cesser ce qui ne pourroit estre que tacite, & fondé sur de simples presomptions, suivant la maxime ordinaire.

45. Si les meubles & conquests, dont le survivant profite en quelques Coutumes, luy viennent à titre de succession.

En troisiéme lieu, on doute si l'on peut ranger sous ce titre certains avantages que font les Coutumes au survivant des deux conjoints, comme l'usufruit de la moitié des conquests que la Coutume d'Anjou, article 283. donne au survivant : ou les meubles en proprieté, & l'usufruit de la part des conquests qui appartenoit à la femme, que la Coutume de Reims, art. 277. donne au mari survivant par une espece de continuation de possession. Et il faut dire, que cela est plûtost un droit de communauté, que de succession : Aussi la plûpart estiment qu'à moins que les Coutumes ne le permettent expressément, cet avantage est une reserve necessaire, à laquelle celuy des deux conjoints, qui meurt le premier, n'a pas le droit de contrevenir, & c'est l'avis de Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. des Donations, chapitre 9. sect. 3.

46. De la reversion entre conjoints.

De même quelques Auteurs ont voulu admettre un droit de reversion au profit des conjoints, comme il est établi au profit des ascendans, pour faire que quand le conjoint donataire predecede sans laisser d'enfans, la chose retournât au conjoint qui a fait la donation. Et ils ont appuyé cette opinion des dispositions de Droit, qui établissent que les donations faites entre conjoints pendant le mariage, estoient caduques, lorsque le donataire mouroit avant le donateur. Ce qui est indubitable en Droit, parce que les donations ainsi faites entre conjoints, n'estoient que des donations à cause de mort, & avoient besoin de la derniere confirmation. C'est à dire, que le donateur y eût persisté jusqu'à la mort, selon la Loy *Cum hic status, ff. de donat. inter.* Aussi la falcidie avoit lieu dans ces sortes de donations, suivant le §. 1. de la même Loy : Or il estoit des regles de la matiere des donations, à cause de mort, que le predecés des donataires les rendoit caduques : ce qui estoit fondé sur l'intention du donateur ; parce que, comme dit la Loy 1. *ff. de mort. causa donat. Mortis causa do-*

natio est, cùm quis mavult se habere, quam eum cui donat, & magis eum cui donat, quam heredem suum. C'est pourquoy les Jurisconsultes disent, que la survie est une condition tacite, qui accompagne ces sortes de donations. Il n'en est pas de même à l'égard des donations faites par contrat de mariage, dans le Droit elles ne sont point reputées à cause de mort, & le predecés du donataire ne les a jamais renduës capables dans l'un ni dans l'autre Droit. Cependant il y a des autoritez pour appuyer cette reversion, & principalement celle de la Loy 2. *ff. de pact. dotal.* & de la Coutume de Tours article 256. qui y est precis. Comme aussi on l'a jugé au Parlement de Bretagne, par Arrest du 6. Avril 1617. rapporté par Bechet du Droit de reversion, chapitre 15.

47. Du preciput legal des meubles établi par l'art. 238. de la Coutume de Paris. Nous venons de dire un mot de la succession des meubles, qui a lieu entre conjoints, suivant ce qui est reglé par diverses Coutumes, laquelle nous avons dit n'estre qu'improprement une succession. Il faut ajoûter quelque chose au sujet de cette succession imparfaite, établie par l'article 238. de la Coutume de Paris, qui est un preciput legal, en faveur des Nobles, de tous les meubles situez hors Paris. Ainsi la premiere condition pour avoir ce preciput, est d'estre Noble;

48. Qu'il n'appartiét qu'aux nobles. mais il suffit que le mari le soit, & sa Noblesse brille sur la personne de sa femme, suivant la Loy 8. *ff. de Senat.* & la Loy 13. *C. de dignit.* ce qui n'est pas reciproque: car la femme noble ne communique pas ce privilege au mari roturier.

49. Que les conjoints doivent avoir esté en communauté. La seconde condition est, que les conjoints soient communs en biens: car la Coutume donne ce preciput au survivant, à cause du travail commun, & il imite en cela le don mutuel, qui n'a lieu que quand il y a communauté, & sous la condition de survie. Ceux qui ont desiré cette seconde condition, qui n'est pas expresse dans la Coutume, ont dit, que la Coutume ne se mesle pas ordinairement de faire des liberalitez du bien des conjoints; mais bien de donner ou permettre de donner au survivant ce qui est commun entr'eux, ce qu'elle fait ici, & dans la matiere du don mutuel: Enfin, ils ont crû trouver le fondement de cette opinion sur le texte de la Coutume, qui dit à la fin de cet art. 238. *& s'il y a enfans, partissent par moitié;* ce qui justifie que l'article presuppose la communauté de biens.

50. Qu'il n'a point lieu, s'ils ont esté separez. Il faut dire sur ce fondement, que s'il y avoit separation lors du decés, ce preciput n'auroit pas lieu: c'est ainsi que nous avons dit au nomb. 19. que la succession ordinaire d'entre conjoints n'a point lieu, quand ils sont separez lors du decés de celuy qui meurt sans heritiers.

51. Qu'ils doivent avoir eu leur domicile dans le ressort de la Coutume de Paris. La troisiéme est, que les conjoints soient demeurans dans le ressort de la Coutume de Paris, & il suffit qu'ils y demeurent lors du decés du premier mourant, pourvû qu'ils n'y ayent pas transferé leur domicile à l'occasion de la maladie dont il est decedé, ce qui seroit frauduleux: Que si au contraire les conjoints avoient esté mariez à Paris, & qu'ils se trouvassent avoir un autre domicile lors du decés du premier mourant, le preciput legal n'auroit point lieu.

52. Qu'il ne doit point y avoir d'enfans du mariage. La quatriéme est, que les conjoints n'ayent point d'enfans, c'est à dire, que non seulement ils n'ayent point d'enfans communs: mais encore qu'aucun d'eux n'en ait d'un precedent mariage, comme aussi qu'ils n'ayent point de petits-enfans: car dans les choses établies en faveur des enfans, les petits-enfans sont compris sous le nom d'*enfans*: ce qui se juge aussi dans le don mutuel & plusieurs autres.

La cinquiéme condition est, que le survivant, qui accepte ce preciput, paye les dettes mobilieres & les obseques du defunt: Or par ce mot de *dettes mobilieres*, l'on entend aussi bien les dettes mobilieres de la communauté, que celles qui seroient particulieres au predecedé par le moyen d'une clause de separation de dettes: parce que la Coutume ne distingue pas, & cela passe contre l'avis de Fortin & de Ricard. 53. Que le survivant qui accepte le preciput, doit payer les dettes mobilieres & les obseques.

D'où il ne s'ensuit pas qu'il se fasse confusion en la personne du survivant, de ses reprises & conventions: car ce sont des distractions plûtôt que des dettes, la communauté n'en ayant été que depositaire: Aussi la chose se juge ainsi à l'égard du gardien noble. 54. Que cela n'emporte pas la confusion des reprises.

Il en est de même à l'égard des recompenses dûës au survivant, de quelque nature qu'elles soient. 55. Ni des recompenses.

Au contraire, il se fait confusion du preciput conventionnel: parce que c'est une dette mobiliere: autre chose est, si ce preciput a esté stipulé en meubles certains. 56. Mais bien du preciput conventionnel.

L'obligation de payer les obseques, fait que quand c'est la femme qui survit, & qui accepte le privilege, les heritiers ne luy doivent point de deüil, parce que le deüil fait partie des obseques. 57. Et du deuil de la veuve, qui fait partie des obseques.

La sixiéme condition est, que le survivant fasse faire inventaire, ce qui ne veut pas dire qu'il soit déchû de son droit de succeder, quand il manque à cette formalité; mais c'est qu'en ce cas, il pourra estre tenu des dettes mobilieres *ultra vires*: car enfin le survivant est un heritier, que la Loy institüe, qui doit representer à l'avenir la personne du défunt, & en qui tous les droits du défunt sont transmis. 58. Que le survivant doit faire inventaire.

Je n'estime pas pourtant, qu'il ait besoin de Lettres de benefice d'inventaire, non plus que le Haut-Justicier. 59. Sans avoir besoin de Lettres de benefice.

Pour ce qui est des effets de ce privilege, 1. Il est constant qu'il comprend tous les meubles qui sont hors Paris, en quelque part qu'ils se trouvent, soit en Normandie, soit à Lyon, soit dans le ressort de la Coutume de Paris. Fortin & Ricard sur cet article. 60. Divers effets de ce privilege.

2. L'argent comptant est compris dans ce preciput.

On doute à l'égard des dettes actives, & comme elles n'ont point de situation, & que l'article semble en demander une, quoiqu'imparfaite par ces termes, *estant hors la Ville & Fauxbourgs de Paris*, on estime communément qu'elles n'entrent point dans ce preciput.

On peut encore demander si ce preciput, que la Coutume établit, empêche celuy des conjoints Nobles, qui decede le premier, de disposer par testament des meubles qui sont la matiere de ce preciput: Et nous avons déja dit que l'opinion commune est, que si la Coutume ne decide le contraire, il empêche de disposer. La raison est, que c'est un droit mixte, qui participe de la communauté & de la succession, & que le mari même ne peut pas tester au prejudice des droits de sa femme dans la communauté; mais j'estime que le mari pourroit en disposer entre vifs, au profit de personnes capables & sans fraude; mais non pas au profit de ses heritiers presomptifs, ou de ses proches heritiers, ni de sa concubine, ni de ses enfans naturels. 61. Que ce preciput empêche de disposer.

Fin du premier Livre.



TRAITE DES SUCCESSIONS.

LIVRE SECOND.

DES CHOSES AUSQUELLES on succede.

CHAPITRE PREMIER.

DES PROPRES.

SECTION PREMIERE.

DE CE QUI EST PROPRE DE SUCCESSION.

SOMMAIRE.

1. *Differences entre le Droit Romain & le Droit François, touchant la distinction des biens d'une même succession.*
2. *Si dans le doute un bien est presumé acquest ; ou propre.*
3. *Si propre ; ou conquest de communauté.*
4. *Si la succession des ascendans fait des propres en leurs personnes.*
5. *Refutation de la distinction de propre de ligne, & de propre qui n'est pas de ligne.*
6. *Exceptions où la succession des ascendans fait des propres.*
7. *De la donation aux ascendans, qu'elle ne fait que des acquests.*
8. *Si quelqu'un ayant acheté un heritage, & ne l'ayant pas payé, l'heritage est propre ; ou acquest en la personne de ses enfans.*
9. Quid *si les heritiers rentrent dans un heritage alièné par le défunt.*
10. *Si la rente fonciere, constituée dans l'alienation du propre, est propre.*
11. *Si le pere, ayant commencé la prescription, & les enfans l'ayant achevée, l'heritage est propre ou acquest.*
12. *Si la rente venduë par le défunt, & que les heritiers reprennent, leur est propre.*
13. *Si la donation ou l'ameublissement, fait qu'un heritage paternel devient maternel,* aut vice-versa.
14. Quid *si le donataire passe après à de secondes nôces.*
15. *Si la succession collaterale fait des propres.*
16. Quid *de la donation faite aux collateraux.*
17. *Si le droit d'accroissement fait des propres.*
18. *Si la renonciation de la mere à la communauté fait des propres.*
19. *Si la succession d'entre mari & femme fait des propres.*
20. *Si la dévolution des propres d'une ligne à une autre, fait des propres.*
21. *Resolution pour l'affirmative.*
22. *A qui ces biens appartiennent dans la succession de celuy qui les a eu par cette dévolution.*
23. *Si la substitution fait des propres.* Quid *de celle faite au profit de la famille.*
24. Quid *des substitutions graduelles, où l'on a suivi l'ordre de succeder.*
25. *Si la substitution vulgaire fait des propres.*
26. *Si la donation fait des propres en directe descendante.*
27. Quid *en directe ascendante.*

1. Differences entre le Droit Romain & le Droit François, touchant la distinction des biens d'une même succession.



NOUS avons traité des meubles & acquests dans le chapitre des successions collaterales, la matiere des propres ne merite pas moins que l'on en fasse une mention particuliere: puisque c'est un genre de biens, dont la succession a des regles singulieres dans nôtre Droit, & qui ne sont point conformes au Droit Romain. Sa disposition estoit plus simple, il ne reconnoissoit qu'un seul & unique patrimoine, *quod videlicet unius duo patrimonia esse non viderentur*, dit la Loy *Jurisperitos §. cum oriundus 1. ff. de excusat. tut.* au lieu que nous distinguons entre les meubles & acquests, & les biens propres, & qu'entre ceux-cy nous faisons encore des subdivisions: car il y a le propre réel, qui est l'immeuble échû par succession, ou par donation en ligne directe: le propre reputé réel, comme l'Office ou la rente constituée; & le propre conventionnel, qui est le meuble stipulé propre. D'ailleurs, quelques-uns distinguent le propre de ligne, qui nous vient par une succession reguliere, d'avec le propre qui n'est point de ligne, qui est l'immeuble, lequel nous vient par la voye d'une succession irreguliere: comme par le titre *unde vir & uxor*, ou par la subrogation d'une ligne à une autre ligne. Enfin, nous établissons des differences considerables entre le propre naissant, & l'ancien propre. Ainsi pour exposer icy ce qu'il y a de plus remarquable sur ce sujet, il faut distinguer dans cette premiere Section, ce qui est propre, d'avec ce qui ne l'est pas: & aprés avoir fait

de·

le discernement des propres, dans une seconde Section, on les assignera à ceux à qui ils sont dûs, & l'on déchargera d'autant le titre des successions collaterales, qui auroit eu trop d'étenduë, si on y avoit mêlé ce qu'il y a de plus singulier dans la succession des fiefs, & dans celle des propres.

2. Si dans le doute un bien est présumé acquest, ou propre.

La qualité la plus naturelle de tous les biens, c'est d'estre acquests; & dans le doute ils doivent estre presumez tels, parce qu'estre propres c'est une qualité qui leur survient par une longue possession, ainsi cette qualité accidentelle est sujette à estre prouvée, & on ne la presume pas non plus que la qualité de fief, qui est une préeminence de l'heritage, dont la preuve doit pareillement estre établie: Que si d'ailleurs on considere les commencemens de la vie de l'homme, & cette pauvreté naturelle, qui est si bien representée par la nudité de l'homme naissant, qui peut douter que la nature luy ayant laissé le soin d'acquerir ce qui luy est necessaire, & ne l'ayant pourvû de rien, ce qu'il possede dans la suite, ne soit reputé acquest? Mais ce qui ne peut estre contesté, c'est qu'un bien est acquest, avant que d'estre propre: ainsi la qualité d'acquest est la qualité originaire, qui dure jusqu'à ce qu'il paroisse quelle ait esté changée: ce qui arrive lorsque des parens se succedent les uns aux autres dans la possession d'un heritage. Aussi quoique par la Loy *Etiam 6. C. de donat. inter.* la femme soit reputée avoir acquis de son mari, ce qui ne paroit pas avoir esté rapporté par elle en mariage: neanmoins c'est une maxime, que l'on est plûtost présumé avoir acquis quelque chose par son industrie que de la tenir de la main d'autruy: par exemple, un tuteur est présumé s'estre enrichi par son industrie, *L. si defunctus. 10. C. arbitrium tutelæ*, & ce qui se trouve dans les biens du fils, n'est pas présumé venir du pere; mais est censé proceder de l'industrie du fils.

Ainsi il est difficile d'entrer dans le sentiment de Fetonius, sur la Coutume de Bordeaux, titre de retrait, ni de Tiraqueau, du retrait lignager, §. 2. nomb. 91. & 92. où ils prétendent, que dans le doute un heritage est plutost reputé propre, que non pas acquest. Car de dire, comme fait Tiraqueau, qu'il est plus naturel de succeder, que d'acquerir, c'est donner la question même pour raison de decider. Aussi au nomb. 63. suivant, il est d'avis, que si quelqu'un demande un heritage, comme propre de sa ligne, il doit verifier cette qualité de l'heritage: & par là il semble approuver l'opinion commune, que dans le doute l'heritage est reputé acquest. C'est aussi le sentiment de Monsieur du Val, traité 6. pag. 91. où il dit, que dans le doute il faut donner la provision à celuy qui soutient que l'heritage est acquest.

3. Si propre, ou conquest de communauté.

C'est sur le même fondement, qu'il faut dire, que si un mari & une femme ont possédé un heritage, sans qu'il parût à quel titre, si comme acquest ou comme propre, & si cet heritage a ensuite esté recueilli par un enfant commun, qui mourant sans enfans, a laissé des heritiers paternels & des heritiers maternels, en ce cas, l'heritage est reputé avoir esté un conquest de la communauté des pere & mere, & par consequent estre moitié paternel, & moitié maternel en la succession du fils.

4. Si la succession des ascendans fait des propres en leurs personnes.

Le moyen le plus ordinaire, par lequel un acquest peut devenir propre, c'est la succession directe ou la collaterale. A l'égard de la directe, on peut demander si la succession des ascendans fait un propre aussi bien que celle des descendans, & si l'immeuble, dont le pere profite par la mort du fils, est reputé propre? Et il semble déja, que si le pere succede à titre de reversion, l'immeuble qui étoit propre au pere, avant qu'il en eût fait une donation à son fils, doit estre reputé de même nature aprés la reversion, d'autant plus que le droit de reversion est fondé sur une reserve & une stipulation que l'on présume que le pere a eu dessein de faire lorsqu'il a donné, que l'heritage luy retourneroit, en cas que son fils decedât sans enfans: c'est le fondement de la disposition de la Loy *Dos à patre 4. C. solut matrim.* Ainsi c'est une espece de droit foncier imposé dans l'alienation du fond, en vertu duquel le pere rentre de plein droit dans la possession de l'immeuble qu'il a donné, dont il ne s'étoit dépoüillé que sous condition. D'où il semble, que l'on peut conclure que l'heritage retourne avec la même qualité & condition qu'il avoit auparavant. Quoiqu'à vray dire, ce droit n'est proprement ni une reserve fonciere, ni une veritable succession, puisque les hypoteques demeurent. Ce qui n'auroit pas lieu, si ce droit étoit consideré comme une veritable reserve fonciere & imposée dans l'alienetion du fond; & que d'ailleurs, l'ayeul donateur use de ce droit au préjudice du pere: ce qui montre que ce n'est point une veritable succession. Ce qui ne m'empesche pas neanmoins de conclure, que ce droit participant de la reserve imposée dans l'alienation du fond, la chose donnée doit retourner avec la même qualité de propre, & que la reversion ayant lieu, les choses sont remises pour l'avenir en pareil état qu'elles auroient esté, si la donation n'avoit point esté faite, & qu'ainsi le propre retourne en cette qualité. C'est ainsi qu'encore que regulierement l'immeuble qui vient au pere, par la succession du fils, n'augmente pas le doüaire de la femme; neanmoins si cet immeuble avoit esté donné par le pere au fils, & qu'auparavant il eût esté sujet au doüaire de la femme du pere, en ce cas, cet immeuble retournant au pere par la mort du fils, devient derechef sujet au doüaire de sa femme. Mais on pourroit conclure, par la même raison, que si l'heritage donné avoit esté acquest en la personne du pere donateur, il seroit encore acquest depuis la reversion: ce qu'il faut dire necessairement, si ce n'est qu'en considerant le droit de retour, comme un droit de succession, l'on ne se détermine aussi à dire dans la these generale, que la succession des ascendans aux descendans, fait des propres, ce qu'il faut examiner.

Raisons pour la negative.

L'on peut dire pour la negative, que les successions qui suivent l'ordre naturel, font des propres, parce que le droit qu'ont les descendans sur les biens des ascendans, semble fixer les mêmes biens dans la famille: & ce qui vient de ce côté-là, doit estre si cher & si precieux, qu'il semble que cela ne doive plus sortir des mains des enfans; ce que l'on a étendu aux successions collaterales, parce qu'elles n'ont rien de contraire aux vœux de la nature. Aussi à proprement parler, il n'y a point d'ascendans en cette ligne; mais seulement des personnes en degré superieur. Enfin, ce n'est point une chose contraire aux vœux de celui qui a gardé le celibat, qu'il arrive que ses collateraux luy succedent. Il n'en est pas de même de ce qui vient aux ascendans par la mort des descendans, contre le souhait des uns & des autres, & contre le vœu de la nature. Car quelle apparence d'accorder les

mêmes privileges, qui sont établis pour la succession naturelle des enfans aux peres, à celle des peres aux enfans, & de donner cette interpretation aux Loix, laquelle est appellée dans le Droit, & principalement en la Loy *Cum tale 72. ff. de condit. & demonstr. ominosa interpretatio.* Aussi la Loy 1. *C. unde vir & uxor*, voulant s'expliquer juste, au sujet de la succession des ascendans, & de celle des descendans, elle appelle la premiere, *legitime*, & la seconde *naturelle*, pour montrer que la premiere est plus fondée sur la disposition de la Loy que sur la nature; *quoties deficit omnis parentum, liberorumve legitima, vel naturalis successio :* & ce qui montre quel est l'esprit de nôtre Jurisprudence sur ce sujet, c'est que nous ne donnons pas même de legitime aux ascendans, & le rapport, non plus que la representation, n'a point lieu dans cette ligne. Enfin ils n'ont point de droit d'aînesse. D'ailleurs, de quelle ligne seroit l'acquest du fils devenu propre naissant au pere, puisque le fils renferme en sa personne la ligne paternelle & la ligne maternelle? Ce n'est pas que, selon le sentiment de quelques-uns, un bien peut estre propre sans estre propre de ligne, comme il a déja esté dit, & l'exemple s'en trouve, dit-on, dans la succession d'un mari à la femme, & des parens d'une ligne, aux propres de l'autre ligne, l'effet de cette qualité de propre étant, en ce cas, d'empescher la disposition du total de ces biens.

Raisons pour l'affirmative.

D'autre part on peut dire, que quoique la succession des ascendans soit contraire à l'ordre naturel, elle a toûjours esté traitée favorablement, suivant la disposition de la Loy *Nam etsi ff. de inoff. testam.* qu'aussi elle ne produit point de relief, quand il y a des fiefs, comme le decide l'article 4. de la nouvelle Coutume de Paris. Ce qui a fait dire à Maître Charles du Molin, sur l'article 33. de la Coutume de Troyes, qu'en general la ligne ascendante, étoit aussi favorable que la descendante : *idem favor ascendentium, ac descendentium*, que d'ailleurs elle est encore plus favorable que celle des collateraux, laquelle fait des propres, comme il sera expliqué dans la suite, & qu'il passe pour maxime, que toute succession d'immeuble fait un propre, ce qui est préjugé par l'article 230. de la Coutume de Paris, qui porte en termes generaux, que *la moitié des conquests avenuë aux heritiers du trépassé, est le propre heritage desdits heritiers :* d'où il s'ensuit, que soit que ce soit un pere, ou des collateraux qui succedent, l'immeuble qui est acquest ou conquest, devient propre naissant en leurs personnes.

Resolution pour la negative.

Pour me déterminer sur cette question, j'ay de la peine à dire que la succession des ascendans fasse des propres en leurs personnes, si elle n'est mêlée du droit de reversion, & que l'heritage leur fût déja propre avant la donation : car il n'est pas moins contre nature, que le pere succede au fils, qu'un ruisseau remonte à sa source, & si cela arrive, c'est un cas fortuit & une obvention; & non pas le cours naturel des successions, qui seul fait les propres : autrement il faudroit dire, que la succession du Seigneur Haut-Justicier, & du fisc, & de celuy qui a sous luy des gens de mainmorte, fait des propres. Aussi c'est une maxime, que tant plus un titre est naturel, tant plus il est disposé à faire des propres, & tant moins il est naturel, tant moins il y est disposé : ce qui se verifie, non seulement dans les successions & les donations; mais dans plusieurs autres cas. Car l'alluvion, qui est un accroissement imperceptible, & le seul mouvement de la nature, qui consiste dans une augmentation & une diminution insensible, qui se fait perpetuellement de tous les corps naturels, peut fort bien faire des propres; au contraire le mouvement subit & impetueux du fleuve qui joint un heritage à un autre, ne fait pas un propre, parce qu'il n'est pas naturel. De même l'accession, qui est une union naturelle de la superficie avec le fond, peut faire un propre : comme aussi la consolidation & la réünion, qui se fait naturellement par l'expiration du bail emphyteotique, ou de l'infeodation, peut faire un propre; mais la réünion & la consolidation qui se fait par la commise ou par la confiscation, n'en fait point, parce qu'elle n'est pas naturelle : Or la succession des ascendans est plus contre le vœu de la nature qu'aucune succession collaterale, même en ligne superieure. Que si quelques articles de Coutumes disent en general que les successions font des propres, ils se doivent entendre des successions ordinaires; & non pas de celles qui sont ou irregulieres, ou contre le vœu de la nature : car les Loix se doivent toûjours appliquer, autant qu'il se peut, à ce qui arrive ordinairement, plûtost qu'à ce qui est extraordinaire, & en quelque façon imprévû, suivant la disposition précise des Loix 3. 4. 5. & 6. *ff. de legib. & senat.*

Que si Maître Charles du Molin a jugé avec quelques-unes de nos Coutumes, que la succession des ascendans n'étoit pas moins favorable, que celle des descendans, il ne s'ensuit pas qu'elle fasse des propres en leurs personnes : au contraire, comme il est plus avantageux de posseder un immeuble en qualité d'acquest, qu'en qualité de propre : parce que l'on en dispose plus librement, on favorise davantage la succession des ascendans, en jugeant qu'elle ne fait point de propres, & qu'elle ne fait que des acquests.

Et pour ne point diviser mon sentiment, j'estime que tout ce qui n'est point consideré comme un propre de ligne, ne merite pas le nom de *propre*, parce que le propre étant un bien particulierement affecté à la famille, dés qu'un bien n'est point de ligne, c'est fort inutilement qu'on l'appelle *propre :* Or l'usage apprend, que les acquests du fils, ausquels le pere, ou un autre ascendant succede, ne sont point considerez comme des propres de ligne, puisque tous les parens du pere étant également les parens du fils, il n'y a point à cet égard de côté & ligne à distinguer; ce qui justifie invinciblement qu'en vain on les considereroit comme propres par rapport aux successions : & il faut de necessité que le pere qui a ainsi recueilli cet acquest du fils, venant à deceder sans enfans, son plus proche heritier, sans distinction de côté & ligne, luy succede à cet heritage : ce qui montre qu'il est inutile de considerer le fils comme premier acquereur, & de supposer que ses biens soient propres en la personne du pere : & qu'au contraire, il faut de necessité que le pere soit reputé le premier acquereur, parce que ce n'a point esté par la voye d'une succession naturelle, qu'il a succedé à cet heritage; ainsi c'est luy-même qui l'a mis le premier dans la famille, & il est propre naissant en la personne des heritiers du pere, & non pas propre ancien.

Il a esté aussi jugé par un fameux Arrest de la

seconde des Enquestes, au rapport de Monsieur Guillaume, que la succession du fils au pere ne faisoit point un propre, & n'augmentoit point le doüaire coutumier de la mere: & je tiens que cela doit avoir lieu, soit que le pere se soit remarié, ou non. Quelques-uns y apportent neanmoins des exceptions: la premiere, au cas que l'heritage eût esté donné par le pere au fils, & qu'avant cette donation il fût déja sujet au doüaire de sa femme: La seconde, en cas que l'heritage eût esté donné par l'ayeul au petit-fils, auquel cas si le pere y succede, ils prétendent qu'il augmentera encore le doüaire de la femme. Quoy qu'il en soit, l'Arrest de Monsieur Guillaume est du 31. Juillet 1675. & il est dans la 4. Part. du Journ. du Pal. p. 457. Enfin si le pere qui a succedé à son fils, vient à vendre l'heritage, il n'y a point lieu au retrait.

☞ Il faut pourtant avoüer qu'il y a un Arrest contraire, prononcé le 20. Fevrier 1574. & rapporté par le Vest art. 231. qui jugea qu'en la Coutume de Montfort, où on ne peut donner entre-vifs que le quint de ses propres, une mere qui avoit herité d'un fief d'acquest appartenant à sa fille, n'en n'avoit pû disposer que du quint; mais on ne voit pas que la question ait esté traitée lors de cet Arrest, ni qu'on ait representé principalement que le propre supposé n'auroit point eu de ligne: ce qui n'est pas susceptible de réponse.]

5. Refutation de la distinction de propre de ligne, & propre qui n'est pas de ligne.

D'où l'on voit combien est inutile la distinction, que nous avons dit que l'on fait ordinairement de propre de ligne; & propre qui n'est point de ligne, par rapport aux successions: car à quoy est bon dans les successions un propre qui n'est point de ligne? En quoy sera-t-il distingué des biens ordinaires, c'est à dire, des meubles & acquests? à qui sera-t-il propre, s'il ne l'est à aucune ligne? de quel usage sera-t-il même dans le retrait lignager, qui ne se donne qu'aux parens de la ligne? enfin, est-il juste de l'affecter à la ligne, en ne permettant pas d'en disposer audelà du quint: puisque dans les exemples qu'on rapporte ordinairement du propre sans ligne, qui sont la succession d'entre mari & femme, & celle des heritiers d'une ligne aux propres d'une autre ligne, ce qu'on appelle *propre sans ligne*, est ordinairement d'une autre ligne: ainsi il doit estre consideré comme un pur acquest: aussi ce sont toûjours les heritiers des acquests qui y succedent, c'est à dire, le pere & la mere preferablement: & subordinément les autres heritiers des meubles & acquests.

6. Exception où la succession des ascendans fait des propres.

Outre l'exception qui vient d'estre rapportée du propre de reversion, il y en a encore quelques-unes: car si le pere succede, comme étant le plus proche du côté & ligne, par exemple, s'il succede à l'heritage que l'ayeul avoit donné à son fils, qui est decedé sans enfans, alors l'heritage ne perd point sa nature de propre: de même si le fils a retiré par retrait lignager, & que le pere soit son plus proche heritier du côté & ligne, ainsi il faut dire en general, que la succession des ascendans ne fait pas des propres, c'est à dire, qu'un pere succedant aux acquests de son fils, ces biens ne luy sont pas des propres naissans; mais qu'elle conserve les propres, soit que le pere succede à titre de reversion, soit qu'il succede comme plus proche du côté & ligne.

Il me reste neanmoins un scrupule sur ce sujet, fondé sur ce que l'on voit en quelques exemples, que le titre qui n'est pas capable de faire des propres, ne les conserve pas; par exemple, une donation faite en collaterale, *etiam successuro*, ne conserve point la qualité de propre: pareeque regulierement une donation ne fait point un propre; mais un acquest: d'où l'on pourroit induire que la succession des ascendans conservant les propres, elle peut & doit faire des propres, au cas qu'un ascendant succede à un acquest. Mais il faut répondre qu'encore que ce qui n'est pas capable de faire des propres, n'est pas capable de les conserver; il ne s'ensuit pas, que ce qui est capable de les conserver, les puisse faire: car la reversion conserve les propres, & ne les fait pas toute seule. Ensorte que l'immeuble dont le pere profite à titre de reversion, n'est point propre en sa personne, s'il ne l'estoit avant sa donation.

7. De la donation aux ascendans, qu'elle ne fait que des acquests.

Enfin, si la succession des ascendans est acquest en leur personne, à plus forte raison la donation qui leur est faite par leurs descendans. C'est pourquoy si le fils donne au pere, le don est acquest de succession, & le pere peut disposer du tout, comme il a esté jugé en la troisiéme Chambre des Enquestes, & l'on ne s'étonnera pas de cette décision, lorsque l'on considerera qu'en ligne descendante même, la donation fait quelquefois un acquest, dans le cas que le pere donne à un fils, que la Loy exclut de sa succession; comme lorsqu'un pere donne à son puîné dans la Coutume de Ponthieu, où il n'y a qu'un seul heritier dans chaque succession, qui est l'aîné: car cette donation est un acquest en la personne du puîné, qui n'estoit appellé ni à la succession ni à la legitime, comme il a esté jugé par plusieurs Arrests rapportez par Monsieur Bouguier, en la lettre D. nomb. 10. L'opposition à l'ordre legal, & à la disposition de la Coûtume, faisant icy ce que fait dans nostre espece principale l'opposition à l'ordre naturel.

Il s'ensuit de ce qui vient d'estre dit, qu'un tel don fait par le fils au pere, est aussi acquest de communauté.

8. Si quelqu'un ayant acheté un heritage & ne l'ayant pas payé, l'heritage est propre ou acquest en la personne de ses enfans.

On peut demander en second lieu, au sujet de la succession directe, que nous venons de dire devoir faire des propres, si quelqu'un ayant passé de son vivant un contrat d'acquisition d'un heritage, mais n'en ayant pas payé le prix ni pris possession: & les enfans ou autres heritiers executant le contrat, cet heritage doit estre reputé en leurs personnes un propre naissant, ou un acquest? Ce qui fait la difficulté est, que les heritiers n'ont eu qu'une simple action personnelle pour se faire ajuger l'heritage, & faire ordonner l'execution du contrat passé par le défunt. Or quoique la Loy 15. *de divers. regul. jur.* dise, que celuy qui a l'action, semble avoir la chose même, *is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur:* à quoy est conforme la Loy 43. *de verb. signif.* Neanmoins l'on n'applique ces textes qu'aux actions réelles, & non pas à la simple action personnelle, laquelle on prétend ne tenir pas lieu de la chose comme l'action réelle, suivant le §. *Diversa 4.* de la Loy *Sciendum 15. ff. qui satisdare cogantur*, & la Loy *Scribit. 34. ff. de auro & arg. legat.* Mais je ne vois point que dans nostre Droit François, l'on se soit attaché à cette distinction, qui est plus subtile qu'elle n'est solide; & comme celui qui a une action personnelle, a droit à la chose, s'il ne l'a en la chose, en plusieurs cas il est reputé proprietaire. Ainsi un mari ayant une action personnelle lors de son mariage, pour se faire ajuger un heritage, si cette action a son effet durant le mariage, l'heritage luy sera reputé propre, & n'entrera point en communauté. Aussi il sera sujet au doüaire de sa femme, ce qui a fait dire à Mon-

sieur d'Argentré sur l'art. 433. de la Coutume de Bretagne, gl. 2. nomb. 1. *habere non videtur à quo res evinci potest ; rursum habere videtur qui actionibus rem consequi potest ;* & il établit encore les mêmes principes sur l'art. 418. gl. 3. nomb. 2. 3. 4. 5.

J'estime donc qu'en ce cas l'heritage est propre naissant, en la personne des heritiers de l'acquereur, & est reputé estre de sa succession, ensorte qu'entre ses enfans le droit d'aînesse auroit lieu sur cet heritage, quoique le prix n'en ait pas esté payé par le deffunt ; & c'est l'avis de Maistre Charles du Molin, sur l'article 12. de la Coutume de Paris, nomb. 32. Ce qui auroit lieu au cas même qu'il n'y eût eû qu'un simple acte, portant promesse de vendre. De plus, je n'estime pas, que sous pretexte de ce payement du prix, auquel tous les heritiers ont contribué, il soit dû aucune recompense entre les heritiers de ces heritiers, comme il sera expliqué au chap. du payement des dettes, liv. 4.

9. *Quid* si les heritiers rentrent dans un heritage aliené par le deffunt.

Il en est de même, si le deffunt ayant aliené un heritage à vil prix, ses heritiers se font restituer contre l'alienation, & à plus forte raison, si ayant vendu sous faculté de rachat, ils en intentent l'action aprés sa mort, car en l'un & l'autre cas, l'heritage sera propre en la personne de ces heritiers.

10. Si la rente fonciere, constituée dans l'alienation du propre, est propre.

Si quelqu'un a aliené son propre sous la reserve d'une rente fonciere, cette rente luy demeure propre, comme faisant partie du fond : Autre chose, s'il a constitué une rente de la vente, & aprés en avoir reglé le prix.

11. Si le pere, ayant commencé la prescription, & les enfans l'ayant achevée, l'heritage est propre ou acquest.

Que si le deffunt n'ayant point de titre suffisant pour acquerir l'heritage, en a commencé la prescription, laquelle ait esté achevée par ses heritiers, il y a lieu de douter si cet heritage est propre ou acquest en la personne de ces heritiers, qui en ont achevé la prescription. Et j'estime qu'il est propre naissant en leurs personnes, soit que la prescription ait esté de dix ou vingt ans, qui suppose un titre coloré, dont toute la possession qui le suit est reputée dériver : soit qu'il s'agisse d'une possession de trente ans, qui ne demande point de titre ni réel, ni coloré : dautant que cette prescription même dépend de son commencement, qui est le point essentiel dans toutes les prescriptions : ensorte que dans celles qui demandent de la bonne foy, l'on juge la bonne foy, eu égard au premier moment de la prescription, & la mauvaise foy qui survient ne fait point d'obstacle, *L. un. C. de usucap. transform.* qui dit, *ut in omnibus justo titulo possessionis antecessoris justa detentio, quam in re habuit, interrumpatur, ex posteriore forsitan alienæ rei scientia.* Aussi dans le doute on est toûjours présumé posséder de la même maniere, que l'on possédoit dans ce premier moment, *nemo enim ex sola animi sui destinatione mutare potest sibi causam possessionis suæ.* Enfin l'on juge encore sur le même fondement, que la prescription conventionnelle estant une fois commencée sous un majeur, se peut achever sous un mineur : parce que l'on a égard principalement au commencement de la prescription : & c'est la décision des Arrests rapportez par Monsieur Loüet, & par Maistre Julien Brodeau, lettre P. nomb. 36. D'où il resulte, que l'heritage que le pere a commencé, & que les enfans ont achevé, de prescrire, est propre en la personne des enfans.

12. Si la rente venduë par le deffunt, & que les heritiers reprennent, leur est propre.

Si le deffunt avoit aliené une rente avec clause de *garantir, fournir & faire valoir*, & que ses heritiers la reprennent, & payent au cessionnaire le sort principal, à l'effet de se décharger de la garantie, cette rente sera propre en leur personne, *quia censetur magis redditum ; quam translatum dominium* ; ce qui a esté jugé par un Arrest du 3. Mars 1618. rapporté par la Lande sur l'art. 324. de la Coutume d'Orleans.

13. Si la donation ou l'ameublissement fait d'un heritage paternel, devient maternel, *aut vice versa.*

L'on doute aussi quelquefois si un heritage qui est en la succession de la mere, ne laisse pas d'être propre paternel, & si au contraire un qui se trouve en la succession du pere, ne laisse pas d'être propre maternel, au cas que les conjoints se soient transferez leurs propres par une donation ou par un ameublissement, qui se trouve dans leur contrat de mariage : & il est déja constant, que ce qui est donné par un conjoint à l'autre estant acquest au donataire, est propre naissant de son côté en la personne de son heritier, & l'on dit communément, que *mutatione personæ, mutatur status & conditio rei*, quoique quelques-uns ayent prétendu que le titre estant purement gratuit, la chose donnée estoit propre du côté du conjoint, qui avoit fait la donation, & entr'autres Charondas sur l'art. 326. de la Coutume de Paris, [☞ & que cela ait même esté jugé par l'Arrest de Longueville, rapporté par Monsieur Valla *de reb. dub.* Traité 20. n. 10.] Ce qui ne pourroit avoir lieu, selon mon avis, que par rapport à la legitime qui est dûë sur les biens du donateur : car le pere ayant donné à la mere, les enfans considerent d'abord les biens donnez comme paternels, & prennent sur ces biens, la legitime qui leur est dûë dans la succession du pere, & ensuite ils considerent ces mêmes biens, comme biens maternels, & y prennent, c'est à dire, sur le residu, la legitime qui leur est dûë dans la succession de leur mere. De même la part, dont un conjoint profite de l'ameublissement fait par l'autre conjoint, est un propre naissant en sa succession. Mais à l'égard de la part qui appartient à celuy qui a fait l'ameublissement, j'estime qu'elle ne luy est point acquest ni conquest, si ce n'est que l'heritage fût déja acquest avant l'ameublissement : mais s'il estoit propre de succession, il demeure tel dans sa succession, & est ancien propre en la personne de ses heritiers : parceque personne ne peut changer le titre de sa possession : aussi les ascendans ne succedent point à cette portion sous pretexte de cet ameublissement, comme la Lande avoit estimé sur l'art. 323. de la Coutume d'Orleans, pag. 395. col. 2. sur le fondement d'un Arrest du 12. Avril 1616. qui vraisemblablement a esté mal rapporté par Maistre Julien Brodeau en la lettre P. de Monsieur Loüet, nomb. 20. Art. 10, lequel seroit en cela contraire à l'ancienne & à la nouvelle Jurisprudence, qui a toûjours jugé, que la part de celuy qui a fait l'ameublissement, ne change point de nature, & qui est rapportée par Monsieur Loüet en la lettre P. nomb. 11. & nomb. 40. Aussi Maistre Charles du Molin a-t-il esté d'avis sur l'art. 78. de la Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 103. & 104. que si le mari vend l'heritage que sa femme avoit ameubli, les parens de sa femme le pourront retirer pour le tout.

Que si un conjoint a donné son propre à l'autre par contrat de mariage, il est propre au respect de la communauté, & propre naissant du côté du donataire en la personne de son heritier ; ensorte que le fils commun ayant recueilli cet heritage dans la succession du donataire, s'il decede sans enfans, l'heritage appartient aux heritiers du côté & ligne du même donataire, c'est le sentiment de Bacquet, chap. 15. nomb. 7.

14. *Quid* si le donataire

La seule difficulté est, lorsque le donataire se remarie : car il semble qu'en ce cas, estant obli-

passe aprés à de secondes nôces. gé de conserver aux enfans de son premier lit les liberalitez qu'il a reçûes, il soit en quelque façon dépoüillé de la proprieté qu'il en avoit, selon la Loy *Fœmina C. de secund. nupt.* Aussi n'a-t-il pas même le pouvoir de disposer de ces choses entre les enfans de son premier lit, au moins si l'on suit l'Authentique *Lucrum* du même titre. La Loy les défere tellement aux enfans, qu'elles ne s'imputent pas même sur leur legitime. Enfin, il y a un exemple approchant, qui est celuy du doüaire, lequel du consentement de tous, est reputé propre paternel: c'est pourquoy plusieurs ont conclu, que les choses ainsi retranchées estoient propres du côté du donateur, & entr'autres Bacquer, chap. 15. nomb. 6. Cependant l'opinion la plus suivie est, que ces choses sont propres du côté du donataire; & que l'Authentique *Lucrum* n'a point lieu dans nostre Droit François, le survivant qui se remarie n'estant point privé pour cela de la proprieté de ce qui luy a esté donné par le predecedé, parceque l'Edit l'oblige seulement à reserver ces biens aux enfans du premier lit, ce qui est même decidé par un Arrest rapporté par Monsieur Loüet, lettre N. nomb. 3. Et à l'égard de l'exemple du doüaire, il est entierement étranger, parceque regulierement la femme n'a le doüaire qu'en usufruit, & la proprieté en appartient aux enfans, du vivant même de leurs parens. Ainsi les enfans le tiennent de la main du pere qui s'en est dépoüillé en se mariant; au lieu que dans l'espece dont il s'agit, les choses données ont esté données directement au conjoint, & en pleine proprieté, la Loy l'obligeant aprés cela de les reserver aux enfans de son premier lit, pour la peine de son second mariage: Ainsi l'immeuble donné est propre naissant du côté du donataire, en la personne des enfans du même lit: quoique le donataire se remarie.

15. Si la succession collaterale fait des propres. Il faut parler à present de la ligne collaterale, & examiner si la succession collaterale fait un propre, quoique l'heritage n'ait jamais souché en directe, & il y a des Coutumes qui decident l'affirmative, d'autres qui la présupposent, l'art. 230. de la Coutume de Paris, disant, que *la moitié des conquests avenue aux heritiers du trépassé, est le propre heritage desdits heritiers*, s'explique ordinairement tant des heritages en ligne collaterale, que des heritiers en ligne directe: mais la Coutume d'Amiens art. 89. dit précisément, que *les biens acquis par pere, mere ou autres parens, venant par succession à leurs enfans ou autres heritiers, sont propres ausdits enfans ou autres heritiers, & sont sujets à retrait, s'ils sont par eux vendus*; & la Coutume de Chartres, art. 99. dit, que *tous heritages qui échéent en succession de ligne collaterale, sont reputez le propre heritage de ceux à qui ils échéent.* Enfin il y a beaucoup d'autres Coutumes qui sont conformes, comme Meaux, art. 121. & l'on peut dire, que c'est un droit commun que la succession collaterale fait des propres, & qu'il n'est point necessaire à cet effet, que les heritages ayent souché en directe, (si ce n'est dans les Coutumes souchetes où l'on ne succede point aux propres, que l'on ne soit descendu de l'acquereur; autrement le plus proche succede: ainsi il n'y a de propres dans ces Coutumes que pour les descendans de l'acquereur en ligne directe;) & ce droit commun est fondé sur une police publique. Car comme on s'est appliqué principalement à conserver les biens dans les familles, l'on a jugé à propos, que non-seulement les biens qui viennent par la succession directe; mais encore ceux qui viennent par la succession collaterale, fussent reputez propres, quoique l'on observe que Maistre Charles du Molin, sur l'article 263. de la Coutume d'Orleans, avoit esté d'avis, que la succession collaterale ne suffisoit pas pour faire un propre; mais il ne disoit cela que par application à cette Coutume, qui en disposoit ainsi, que ç'a esté l'opinion de Pithou sur celle de Troyes, art. 144. de le Grand sur l'art. 93. gl. 2. de Labbé sur Berry, tit. 14. art. 4. & même de d'Argentré sur le tit. des Promesses, art. 284. & que nous ayons encore quelques Coutumes, qui en disposent ainsi, comme la Coutume de Hainaur, chap. 77. Mais cette opinion n'a pas esté suivie, la Coutume d'Orleans s'en est retractée, art. 303. de sa nouvelle reformation, & entre les Arrests qui ont jugé le contraire, il y en a un du 7. Juillet 1633. qui jugea, qu'un heritage acquis par l'oncle, & depuis échu au neveu, qui en avoit disposé par vente, estoit sujet au retrait, & est rapporté par Maistre Julien Brodeau sur l'art. 129. de la Coutume de Paris.

En effet, quoique la seule succession, qui semble tout-à-fait conforme au vœu de la nature, soit la succession directe, & que l'on considere comme aubeines les successions collaterales, ensorte que quelques traducteurs ayent ainsi rendu ces mots de la derniere Satyre de Perse, *sum tibi Mercurius. Je vous annonce qu'il vous est échû une succession collaterale*, & que dans le vieux style. la clause, *sauf loyale écheoite*, apposée dans les renonciations aux successions futures, ne veut dire autre chose, selon plusieurs, sinon, *sauf les successions collaterales*; neanmoins il faut convenir, que l'ordre de la nature n'est point troublé dans les successions collaterales, qu'elles ne sont point contraires aux vœux de ceux qui preferent le celibat au mariage, & que si elles ne sont pas si naturelles que les successions directes des descendans, dans l'ordre même de la nature, elles tiennent le premier rang aprés elles. C'est pourquoy c'est aujourd'huy une Jurisprudence uniforme, que les successions collaterales font des propres, de laquelle même je ne crois point que Maistre Charles du Molin se soit éloigné trop déterminément, puisque sur le chap. 77. de la Coutume de Hainaut, qui porte, que *les Fiefs qui échéent en ligne collaterale, sont acquests*, il dit, *hoc non est æquum & longè satius haberi debent pro hereditiis cùm sint bona stirpis.* Ç'a esté aussi le sentiment de Berault sur la Preface du titre des Successions de la Coutume de Normandie, & de Chopin sur celle de Paris, liv. 1. tit. 1.

Ce qui fait quelque confusion sur ce sujet, c'est que souvent le plus proche parent en general, se trouvant aussi le plus proche du côté & ligne, lorsqu'on luy ajuge les heritages, ceux qui ne sçavent pas entrer dans les principes qui forment la Jurisprudence des Arrests, s'imaginent que l'on a jugé acquest, ce qui estoit devenu propre par la succession collaterale, & ce qui effectivement a esté jugé tel. Car si l'on suppose que Pierre a acquis, que Jacques son frere luy a succedé, & qu'il se presente deux heritiers pour succeder à ce propre naissant de Jacques, un cousin germain paternel, & un cousin issu de germain du côté maternel, si l'on ajuge l'heritage entier au cousin germain, parcequ'il est le plus proche du côté de l'acquereur, contre la prétention du cousin issu de germain, qui soûtient que l'heritage ayant esté propre naissant à Jacques, tant du côté paternel, que du côté maternel, parcequ'il estoit frere germain de Pierre acquereur, il faut le partager par moitié: Et

si l'on juge en ce cas, comme cela est des regles; qu'il suffit au cousin germain paternel d'estre le plus proche du deffunt du côté & ligne de l'acquereur, & qu'entre deux heritiers du côté & ligne du premier acquereur, quoique l'un soit du côté paternel, & l'autre du côté maternel, le plus proche des deux est preferé, sans que l'on partage l'heritage entre les deux lignes, il est aisé de se tromper sur l'explication d'un Arrest de cette nature, & de prétendre que l'heritage a esté jugé acquest sous pretexte qu'il n'a jamais souché en ligne directe; quoiqu'il ait esté jugé propre naissant, & ajugé au cousin paternel sur les raisons qui viennent d'estre dites.

16. *Quid de la donation faite aux collateraux.* Au contraire, la donation en ligne collaterale fait un acquest, quoique faite au plus proche heritier, & jusqu'à concurrence de ce qu'il eût pû avoir à titre successif. Enfin, quoiqu'elle soit testamentaire, il y a neanmoins des Coutumes qui singularisent sur ce sujet, comme Laon, art. 112. sur la fin, Maine, art. 507. Bourbonnois, art. 274. Poitou & plusieurs autres.

17. Si le droit d'accroissement fait des propres. Pour ce qui est du droit d'accroissement, il fait des propres dans les dispositions qui sont faites en directe; mais il n'en fait point dans les dispositions qui sont faites en collaterale: ni à plus forte raison dans celles qui sont faites au profit des legataires étrangers. Et ce droit a lieu quand le testateur a conjoint deux legataires dans la chose & dans les termes de la disposition, ou dans la chose seulement: par exemple, s'il a dit: *Je legue ma maison de Paris à Pierre & à Jacques mes enfans:* cette conjonction estant dans la chose & dans les paroles, puisque le testateur legue une même chose à ses deux enfans, sans dire pour quelle portion, ou s'il a dit, *Je legue à Pierre ma maison de Paris, je legue à Jacques ma maison de Paris:* & la raison pour laquelle l'accroissement a lieu en l'un & l'autre cas, c'est qu'une même chose estant leguée à Pierre & à Jacques, sans division entr'eux, ils ne font part l'un & l'autre, que par leur concours, & lorsqu'ils entrent en possession de leur legs: ils ont chacun le tout jusques à ce moment: *L. re conjuncti de legat. 3.* ensorte que si l'un des deux renonce au legs, ou meurt avant le testateur, l'autre conserve le tout, qu'il avoit déja auparavant. Que si la conjonction n'est que dans les paroles & non dans la chose, comme si le testateur a dit: *Je legue ma maison de Paris à Pierre & à Jacques mes enfans, par égales portions:* en ce cas, ces deux legataires font part dés le commencement, aux termes de cette disposition, & aucun des deux n'ayant jamais esté legataire que d'une moitié seulement, ne peut point profiter de la renonciation ni du predecés de l'autre.

18. Si la renonciation de la mere à la communauté, fait des propres. Sur ce fondement quand la mere renonce à la communauté, le droit d'accroissement, ou plûtost de non décroissement, fait des propres en la personne des enfans. De même quand un fils legataire universel profite de la renonciation d'un legataire particulier, *secus*, à l'égard d'un heritier collateral.

19. Si la succession d'entre mari & femme fait des propres. A l'égard de la succession d'entre mari & femme, je n'estime point qu'elle fasse un propre: parce que les conjoints par mariage ne se touchent point de parentelle; mais sont les principes d'une nouvelle parentelle, & d'une nouvelle alliance, suivant le langage de la Loy *Jurisconsultus 10. ff. de gradib. & affin. §. cognationis 4.* & la Note d'Accurse sur la Loy *Affinitatis C. communia de success.* D'ailleurs, toutes les raisons, pour lesquelles l'on a établi les propres, ne conviennent point à cette espece de succession, un conjoint estant entierement étranger à l'égard des biens de son conjoint, qui passent par le moyen de cette succession dans une autre famille: ainsi il n'y a plus de sujet d'en empêcher la libre disposition, ni de les assujettir au retrait, ni de les affecter à aucune ligne: & ce sont là neanmoins les seuls motifs de l'établissement des propres. Aussi nous avons déja remarqué, que dans les commencemens cette dévolution des biens d'un conjoint à un autre conjoint, au deffaut d'heritiers legitimes, ne se faisoit pas même à titre de succession; mais par la voye de la possession des biens, qui estoit un remede extraordinaire que donnoit le Préteur pour exclure le fisc. Que s'il estoit dit dans la Loy 1. *C. unde vir & uxor*, qui est des Empereurs Theodose & Valentinien, que la succession conjugale est d'un ancien droit, c'est par rapport à une Loy precedente des mêmes Empereurs, dont il est fait mention en la Loy derniere *C. Theodos. de legit. hered.* comme Godefroy l'a tres-bien observé, & ces Empereurs sont les premiers, qui ont qualifié ce droit du titre de succession. D'ailleurs, quoique nous ayons reçû ce droit parmi nous dans les Coutumes qui n'ont point de disposition contraire, suivant l'Arrest du 7. Septembre 1582. il faut avoüer au moins qu'il y a plusieurs Coutumes, qui l'ont rejetté, & ont preferé le fisc toutes les fois que la ligne estoit défaillante: telle est la Coutume de Bretagne, art. 595. & celle de Bourbonnois, art. 329. On a aussi douté si le conjoint qui se portoit heritier, avoit besoin de Lettres de benefice d'inventaire, & si en cela il n'avoit pas le même privilege que le Seigneur Haut-Justicier, qui n'est point tenu *ultra vires*, pourvû qu'il fasse faire inventaire, & quoiqu'il n'obtienne pas de Lettres? Et l'on a eu peine à luy accorder qu'en se disant heritier beneficiaire, & obtenant main-levée des saisies, à la charge de payer les dettes jusqu'à concurrence des biens, il pût s'exempter des droits Seigneuriaux.

Enfin, il y a toute sorte de justice de juger, que l'immeuble, dont un conjoint herite de son conjoint, n'est point propre, puisque tout l'avantage que la famille du conjoint, qui succede, pourroit trouver en cela, consisteroit à luy en empêcher la libre disposition: or il ne semble pas fort équitable, que celuy qui met le premier un heritage dans une famille, ou à l'occasion de son mariage, ou autrement, n'en ait pas luy-même la libre disposition, & soit obligé de le reserver à sa famille. Ainsi on ne se peut assez étonner, que quelques-uns ayent voulu soûtenir la proposition contraire, & qu'un immeuble qui vient par la succession d'un conjoint, soit reputé propre: ce qu'ils n'appuyent que d'une maxime qu'ils se forment eux mêmes, & qui ne se trouve point indéfiniment dans les bons Auteurs, que toute succession fait un propre, & qu'il y a des propres qui ne sont d'aucune ligne. Car il n'est point vray, qu'il y ait des propres sans ligne, & ces propres seroient fort inutiles. Et d'ailleurs, quand on dit que les successions font des propres, cela s'entend premierement & specifiquement des successions directes; & c'estoit à quoy Maistre Charles du Molin reduisoit les veritables propres. Et en second lieu, cela s'entend dans une plus ample signification des successions regulieres, telles que les successions des descendans & des collateraux, & non des successions irregulieres, telles que celle-cy, qui n'est fondée que sur cette présom-

ption de l'affection maritale, que le défunt a mieux aimé avoir son conjoint pour heritier, ou pour successeur, que de souffrir que ses biens fussent dévolus au fisc. Et c'est pour cela que cette succession n'a point lieu entre les conjoints separez d'habitation, selon Bened. sur le chap. *Raynutius, in verb. uxorem nomine Adelasiam decis. 5. num. 238.* & que la femme qui se marie dans l'an du deüil, est privée de ce droit : parce qu'alors cette présomption cesse. Enfin, il faut observer, que les Loix des successions sont violées dans ce genre de succession, puisque l'on fait succeder au deffunt, celuy qui ne luy touche d'aucune parentelle, d'où il faut conclure, suivant les principes cy-dessus établis, que cette succession ne fait point de propres. Car de dire que l'on confonde les deux lignes du mari & de la femme en une seule, c'est tomber dans une des erreurs d'Accurse, qui admettant cette confusion des lignes, étendoit le titre *unde vir & uxor*, aux parens des conjoints.

10. Si la dévolution des propres d'une ligne à une autre, fait des propres.

Il n'en est pas de même lorsque les collateraux d'une ligne succedent aux propres d'une autre ligne : car comme en ce cas, ils succedent en qualité de plus prochains heritiers, & par une espece de succession, qui n'a rien de contraire au Droit commun, j'estime que cette succession fait un propre naissant en leurs personnes : & quoiqu'on dise ordinairement, que des propres de diverses lignes fassent des successions differentes à l'exemple de ce qui est dit en la Loy *Si certarum 17. §. 1. ff. de testam. milit. si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intelligi,* & quoiqu'en consequence en matiere de rapports, l'heritier des meubles & acquests, peut estre donataire des propres; neanmoins il faut sçavoir que cela a lieu, lorsqu'il y a des heritiers qui sont de la ligne, & en ce cas, ce n'est pas par une incapacité personnelle que l'on exclut les heritiers de l'autre ligne; mais par une préference particuliere que l'on fait des heritiers de la ligne, pour les biens de la même ligne. Mais lorsqu'il n'y a point d'heritiers de la ligne, dont les biens procedent, en ce cas, la cause de la préference, qui n'est qu'une veritable exception du Droit commun, cessant, l'effet doit aussi cesser, & les biens propres d'une ligne, appartiennent aux plus proches heritiers du deffunt, quoiqu'ils soient d'une autre ligne : parce qu'ils sont d'ailleurs capables de succeder aux biens du deffunt. Aussi en ce cas, les ascendans sont préferez aux collateraux : ce que Maître Charles du Molin explique en ces termes sur l'art. 4. de la Coutume de Monstreüil sur mer, *etiam in antiquis prædiis, si non appareant habiles ad succedendum de illa linea, quisque agnoscat : aliàs proximiores cujusvis lineæ fiscum excludunt :* comme aussi l'on voit qu'au cas de cette succession les heritiers qui succedent, ne peuvent pas demander que la disposition testamentaire que le deffunt a faite de ces mêmes propres, du côté desquels il n'avoit point d'heritiers, soit reduite au quint.

11. Resolution pour l'affirmative.

D'où il suit, qu'en ce cas il ne se fait point tant une dévolution des propres d'une ligne aux heritiers d'une autre ligne ; ce qui feroit une succession extraordinaire, comme il se fait veritablement un retour au Droit commun, dans lequel on confond avec les acquests, les propres de la ligne défaillante, & le plus proche succede à tous les biens, ce qui est la maniere de succession la plus naturelle, laquelle par consequent fait des propres, suivant les principes cy-dessus établis.

12. A qui ces biens appartiennent dans la succession de celuy qui les a eus par cette dévolution.

Il reste encore une difficulté, qui est de sçavoir à qui ces biens doivent appartenir en la succession de ce parent, qui les a ainsi recueillis au défaut d'heritiers de l'autre ligne : & il faut dire que ce sera aux parens du côté & ligne du premier decedé, qui est reputé avoir mis le premier les heritages dans la nouvelle ligne, & est à cet égard le premier acquereur, ensorte que l'heritage est propre naissant en la personne de l'heritier de l'autre ligne qui luy succede, & propre ancien en la succession de celuy-cy, qui est dû aux parens les plus proches du côté & ligne du premier decedé.

13. Si la substitutiō fait des propres. *Quid* de celle faite au profit de la famille.

Comme il arrive souvent, que les substitutions suivent l'ordre des successions, je demande si elles font des propres, & premierement pour ce qui est des substitutions simples, & non graduelles, ni perpetuelles, si le testateur institüe un étranger & luy substitüe son propre heritier présomptif en collaterale, en ce cas, la substitution ne fait qu'un acquest, par la raison même, que c'est une disposition faite en collaterale. Que si le testateur institüe un étranger & luy substitüe le fils de l'étranger même, la substitution sera pareillement un acquest, quoique le fils se trouve substitué au pere, parce qu'encore que l'on dise que dans les substitutions obliques & fideicommissaire, le substitué tient la chose des mains de l'institué à la difference de la substitution directe & vulgaire; neanmoins cela ne s'entend que de la possession, & quant à la proprieté il est certain qu'il la tient du testateur. C'est pourquoy si le testateur institüe un étranger, & luy substitüe son propre fils, en ce cas, le substitué tenant la substitution du testateur, qui est son pere, la substitution sera un propre en sa personne. Aussi dans ces cas, l'on regle, à peu prés par les mêmes principes la question de sçavoir, s'il est dû, ou non, des Droits Seigneuriaux. Je dis *à peu prés*, car en haine de ces droits l'on juge qu'ils n'ont lieu pour une substitution, que quand elle produit une double mutation, tant de la possession que de la proprieté, & que le fils qui est substitué au pere ne doit point de relief, parce qu'il n'y a point, en ce cas, de mutation de possession, le fils étant reputé une même personne que le pere. C'est l'opinion de Maître Charles du Molin sur l'article 22. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 88. & celle de Maître Jean Marie Ricard en son traité des substitutions, Part. 1. chap. 3. nomb. 107. & d'Henrys tom. 1. liv. 3. qu. 26. où il rapporte l'Arrest rendu en la cause du Cardinal de Lyon.

A l'égard de la substitution faite au profit de la famille, dans laquelle pour conserver ses biens dans sa famille, on fait des deffenses de les en aliener en ces termes : *Je deffens à mon heritier d'aliener; & je veux qu'il conserve mes biens à la famille.* L'on peut demander si cette substitution fait des propres en la personne de celuy en qui elle finit. En sorte que les biens appartiennent à ses heritiers des propres, ou à ses heritiers des meubles & acquests. Et pour cela il faut sçavoir que ces substitutions sont limitées à de certains degrez, non seulement par l'article 59. de l'Ordonnance d'Orleans : mais encore par le Droit. La Novelle 159. parlant d'une substitution faite au profit de la famille avec deffenses d'aliener, & la reglant à quatre degrez. Et il faut encore sçavoir, que dans ces substitutions on suit l'ordre de succeder, ensorte que l'on prefere le plus proche parent de l'institué, pourvû qu'il soit du côté & ligne du testateur. Ce qui estant ainsi présupposé, on demande si le bien ainsi substitué est propre en la

personne de celuy en qui finit la substitution, & il faut répondre, que dans la substitution expressément faite au profit de la famille, celuy dont nous parlons possede la chose substituée à titre de propre, parce qu'elle luy est dévoluë comme au plus proche heritier suivant l'ordre de succeder, auquel le testateur s'est voulu conformer, & comme la succession ordinaire fait des propres, on présume que le testateur qui n'a rien voulu changer de la maniere ordinaire de succeder, n'a rien voulu retrancher non plus des effets naturels des successions, d'autant plus que cet effet est extrememment conforme à sa disposition, qui ne tend qu'à affecter le biens à sa famille. Ainsi je ne fais pas de difficulté que cette substitution ne fasse un propre en la personne de celuy en qui elle finit.

Ce qui doit encore avoir lieu au cas que la substitution ne soit pas expresse, mais tacite: comme si quelqu'un instituë son presomptif heritier avec deffense de mettre le bien hors la famille, sans disposer précisément au profit de la famille: car comme cette substitution suit encore l'ordre des successions, elle fait un propre quand elle finit. Il seroit inutile de demander dans les deux cas de la substitution expresse ou tacite, au profit de la famille, si l'institué & les premiers substituez possédent l'heritage comme propre; puisqu'à l'égard de l'institué, cela dépend de sçavoir si l'institution est faite en directe, auquel cas elle fait un propre, ou en collaterale, auquel cas elle fait un acquest.

A l'égard des premiers substituez, comme ils y viennent par l'ordre des successions, il est vray de dire, que l'heritage leur est propre, quoiqu'ils le tiennent du testateur, dont ils n'estoient peut-estre que parens collateraux, parce qu'une fois ils y viennent par l'ordre des successions.

24. *Quid* des substitutions graduelles, où l'on a suivi l'ordre de succeder. Enfin je crois que l'on en peut dire autant de toutes les substitutions graduelles, qui suivent l'ordre des successions, pourvû qu'elles regardent la famille même du testateur; mais si quelqu'un instituë un étranger, & fait une substitution graduelle & perpetuelle dans la famille de cet étranger, comme le dernier substitué tiendra les biens de la main du testateur, & non du premier institué, ni des premiers substituez, & que ce dernier substitué est étranger au testateur, il est sans difficulté que les biens ne feront pas propres en sa personne.

25. Si la substitution vulgaire fait des propres. A l'égard de la substitution vulgaire, comme elle n'est à proprement parler qu'une institution, pour sçavoir si elle fait des propres, il semble qu'il faut suivre les maximes ordinaires, & dire, que si c'est un heritier en ligne directe qui vienne en vertu de la substitution vulgaire, à considerer même la substitution comme une donation testamentaire, elle fait un propre; mais que si le testateur n'ayant point d'enfans a fait la substitution vulgaire entre ses heritiers collateraux, quoiqu'il ait suivi l'ordre de succeder, la disposition doit faire de simples acquests en la personne de celuy des collateraux qui sera heritier: & neanmoins j'estime qu'en ce cas même les biens seront propres à l'heritier: parce qu'il paroist assez par une disposition de cette nature, que le testateur a voulu regler comment ses heritiers devoient venir à sa succession, c'est à dire, selon l'ordre naturel & la disposition de la Coutume. Aussi cet heritier est saisi de plein droit, selon Tiraqueau, Declar. 7. & 9. Mais il faut dans ce cas & dans les précedens, que la substitution soit universelle, c'est à dire, que le dernier substitué dans la fideicommissaire, & dans la vulgaire, celuy qui profite des biens, soit substitué pour une certaine quotité. Car si la substitution estoit faite pour une chose particuliere, comme ce ne seroit en effet qu'un legs particulier, elle ne feroit pas des propres dans la ligne collaterale: mais bien dans la directe. * * Voyez les additions.

26. Si la donation fait des propres en directe descendante. Aprés avoir traité des propres que forment les successions, il faut parler de ceux qui se forment par la voye de la donation. Et il est déja constant, que la donation fait des propres en directe, & qu'elle fait des acquests par tout ailleurs. La donation en directe est reputée propre de succession, parce qu'avant la donation même, les enfans avoient déja une espece de possession des choses données, suivant la Loy *In suis ff. de lib. & post.* Ainsi la donation n'est qu'une délivrance des choses, sur lesquelles l'enfant donataire avoit un droit anticipé. C'est une maxime que tout ce qui est donné ou presté aux descendans, est reputé un avancement d'hoirie; & il y en a une disposition précise en l'article 278. de la Coutume de Paris. Aussi l'article 246. de cette Coutume dit précisément, que ce qui est donné en directe ne tombe point en communauté. Enfin, cela a lieu encore même que la donation excede la part hereditaire de l'enfant donataire, ce que je vois decidé dans l'article 323. de la Coutume d'Anjou, où il est dit, que si le pere noble donne en proprieté à ses enfans puînez le tiers, dont ils n'auroient eu que l'usufruit, dans la succession *ab intestat*, le tout est propre en leur personne. Mais on peut demander s'il en est de même de ce que les descendans donnent aux ascendans, & l'on ne peut pas douter, suivant les principes cy-dessus établis, que ces donations ne soient des acquests, encore même que par une clause exorbitante, & dont il n'y a point d'exemples, on eût dit qu'elles auroient esté faites en avancement d'hoirie, & le donateur ne les pourroit rendre propres au donataire qu'à l'effet de les exclure de sa communauté seulement, suivant le même article. 246. de la Coutume de Paris, & n'en peut pas faire des propres de succession, quoique la donation ne contienne autre chose que ce dont l'ascendant auroit succedé, puisque la succession même des ascendans ne fait pas des propres. En un mot, ce qui est donné aux ascendans n'est jamais donné en avancement d'hoirie, ce qui est même assez designé par les termes de cet article 278. de la Coutume de Paris, qui explique le 246. & qui reduit ce qui est donné en avancement d'hoirie, à ce qui est donné aux descendans. Aussi une donation de cette nature entre en communauté, & d'ailleurs elle n'augmente point le doüaire d'une premiere ni d'une seconde femme, & encore un coup, la clause par laquelle le donateur auroit declaré cette donation estre faite en avancement d'hoirie, seroit nulle en ce cas, comme contraire au vœu de la nature, la Coutume n'autorisant pareille clause qu'entant qu'elle se trouve conforme aux sentimens naturels, c'est à dire, pour les donations faites aux descendans, quoique du Molin sur l'art. 17. de la Coutume de Paris, nomb. 7. & Pap. liv. 5. tit. 2. Arr. 16. autorisent cette clause dans les donations faites aux ascendans. Comme aussi nous voyons qu'en certaines Coutumes la clause d'avancement d'hoirie est d'un tel effet qu'on l'execute toûjours à la lettre: Ainsi dans la Coutume d'Amiens, quoiqu'il n'y ait point de rapport entre des enfans dotez également ou inegalement, neanmoins si les donations portent clause d'avancement d'hoirie, il y a rapport; ce qui se juge ainsi au Bailliage d'Amiens,

27. *Quid* en directe ascendante.

miens, selon que le témoigne Deheu sur l'art. 93. de cette Coutume.

28. *Quid* si elle est faite par l'ayeul au petit-fils, au préjudice du fils. On peut demander à l'égard de la ligne directe descendante, si une donation faite par un ayeul en faveur de son petit-fils, au préjudice même de son fils, qu'il frustre par ce moyen d'une bonne partie de ses biens, est reputée propre en la personne de ce petit-fils? Et la raison de douter est, qu'une donation qui trouble l'ordre naturel des successions, ne peut pas estre reputée faite en avancement d'hoirie, & qu'il a esté dit cy-dessus sur le même fondement, que la succession des ascendans ne fait pas des propres, parcequ'elle est contraire au vœu de la nature, non plus que celle des conjoints, parcequ'elle n'est pas non plus une succession reguliere: d'où il semble qu'il faut conclure, que la donation dont il s'agit, ne fait point un propre: & nonobstant cela il faut dire indubitablement, qu'en quelque degré que la donation d'un immeuble soit faite en ligne directe descendante, elle fait un propre, quand même elle seroit faite à l'arriere petit-fils au préjudice du fils & du petit-fils, parceque l'on ne peut trouver que des heritiers dans ses descendans, & qu'il y a une telle liaison entre ceux qui composent la ligne des descendans, que ce qui est donné au fils est reputé donné au pere & en sa consideration: ensorte que le pere n'est pas moins obligé d'en faire le rapport, que s'il estoit donné à luy-même. Outre que ces sortes de dispositions sont de judicieux conseils que la pieté naturelle donne aux peres dans la connoissance qu'ils ont de leurs descendans, cette affection & cette pieté naturelle leur faisant toûjours prendre le meilleur parti pour leurs enfans, ensorte que le pere qui exherede son fils, luy profite quelquefois; *multi non nota causa exheredant filios; sed ut eis prosint*, parce qu'il sçait, suivant la pensée du Poëte, qu'il le desheriteroit en luy laissant son bien, & luy donnant l'occasion de le dissiper. La Loy s'en rapporte donc à la prudence du pere, qui décide comme il veut, sans estre censé troubler l'ordre naturel, & ce qu'il donne à ses descendans, est toûjours reputé, sans clause speciale, un avancement d'hoirie, & fait un propre en la personne du donataire.

29. Si l'immeuble donné au lieu des deniers dotaux qui avoient esté promis, fait un propre. Que faut-il dire à present au cas que le pere ou la mere ayant promis à leur fille une somme de deniers pour cause de mariage, moyennant quoy elle a même renoncé à leur succession, les autres enfans, qui se portent heritiers, luy donnent dans la suite des immeubles en payement: car d'un côté la renonciation declare assez que la donation n'est point faite en avancement d'hoirie; de l'autre, l'immeuble donné en payement, tient lieu en ce cas d'une simple somme de deniers, qui avoit esté promise: & l'on peut dire même, suivant la maxime triviale, que ce payement doit passer pour une veritable vente: d'autant plus que l'immeuble n'est point donné comme estant de la succession, parcequ'il n'appartient à la fille qu'une somme de deniers; & non aucun immeuble de la succession, & c'est une chose fortuite que cet immeuble se trouve de la succession du pere, ou de la mere.

Nonobstant cela j'estime, que la seule distinction qu'il y a à faire en cette espece, est entre l'immeuble qui vient de la succession du pere, & celuy qui vient d'ailleurs: car l'immeuble de la succession qui est donné à une fille en payement de sa dot, soit qu'il soit donné par le pere, soit par ses heritiers, soit par les autres creanciers de la succession, soit même que la fille s'en rende adjudicataire par decret sur & tant moins de sa dot, soit encore que la somme ait esté donnée en avancement d'hoirie, soit qu'elle ait esté donnée pour le prix d'une renonciation, soit enfin que la donation excede la part que le donataire auroit pû avoir en la succession, soit qu'elle soit beaucoup audessous; doit estre reputé propre en sa personne, parceque l'on a plus d'égard à ce qui est fait actuellement, qu'à ce qui est exprimé: & comme dans l'évenement, encore que le pere eût promis des deniers, neanmoins la donation se termine à un immeuble de sa succession, elle est considerée comme donataire de l'immeuble, & l'on presume que le donateur n'ayant pas de deniers comptans, mais ayant des immeubles, a donné ce qu'il avoit, plutost que ce qu'il a promis. C'est ainsi qu'en matiere de donations de sommes mobiliaires, lorsqu'il ne se trouve point d'argent comptant dans la succession du donateur, & qu'elles s'executent necessairement sur des immeubles, on les considere comme si elles comprenoient les immeubles même, sur lesquels elles s'executent, & pour cela on les tient sujettes à l'insinuation. C'est sur ce fondement que l'on declare nulle une donation d'une somme mobiliaire, faite à Paris au profit d'un heritier présomptif, lorsqu'elle ne se peut executer que sur des biens situez en des Coutumes, où il n'est pas permis de donner à cet heritier. C'est aussi sur le même fondement que ce qui est donné à un fils *conditionis implendæ causa*, de la part de l'heritier institué, estant *quid hereditarium*, s'impute sur la legitime. En tous ces cas l'execution déterminant la substance de la donation. Ce qui auroit lieu, au cas même qu'il y eût des deniers dans la succession, que les heritiers aimassent mieux conserver, en donnant des immeubles pour payement de la dot promise, car en ce cas, on considere la volonté du donateur & de ses heritiers, comme une même volonté, & ce qui est donné en payement par les heritiers, est presumé avoir esté promis pour cause de dot par le donateur: Aussi la Coutume de Paris, art. 26. décide qu'en ce cas, il n'est point dû de relief pour le fief qui est donné en payement, quoique la donation soit le prix d'une renonciation, ou qu'elle excede la part hereditaire, ce qu'elle a ajouté pour terminer d'anciennes difficultez qui se formoient sur ce sujet.

Et pour répondre à la maxime ordinaire, qui dit, que *datio in solutum vicem venditionis obtinet*, il faut dire avec la Loy 6. *ff. de jure dotium*, que ce qui est donné en payement d'une dot, qui a esté promise, est moins une vente, que l'accomplissement d'une dot, *non simplex venditio, sed dotis causa*.

Que si le pere donne à son fils, à la charge de payer ses dettes jusques à concurrence d'une certaine somme, laquelle, dans la verité, équipole à la valeur des biens contenus en la donation, j'estime que la donation ne laisse pas d'estre propre, parceque ce n'est point une vente; mais une donation onereuse: & d'ailleurs, la charge qui est imposée à cette donation estoit attachée à la succession, & le donataire eût esté obligé de l'accomplir comme heritier: car quoiqu'il soit dit en la Loy 18. *ff. de donat.* que la donation se mesure à la liberalité: ensorte que quand la charge équipole le profit, comme il n'y a point de liberalité, il n'y a point aussi de donation; Neanmoins comme l'on considere en cette matiere les donations comme des successions anticipées, & qu'il n'y a point de biens dans les successions, qu'aprés que les dettes ont esté acquit- 30. Si l'immeuble que le pere donne à son fils, à la charge de payer ses dettes, luy est propre.

ées, il est vray de dire, qu'une donation faite par un pere, à la charge de payer ses dettes, n'en est pas moins une donation en avancement d'hoirie, quoique la charge équipole à la liberalité, comme le donataire n'auroit pas moins esté heritier, encore que les dettes eussent consommé tous les biens de la succession, & que par consequent cette donation ne doit point passer pour une vente qui fasse un acquest; mais pour une succession anticipée qui fait un propre. Aussi une donation de cette nature ne produit point de droits Seigneuriaux, comme il a esté jugé par un Arrest du 12. May 1631.

31. Si la donation faite à une fille, laquelle a déja renoncé à la succession future, fait un propre.

L'on peut encore demander si la donation en directe fait un propre, quand elle est faite au profit d'une fille, qui, au moyen d'une donation precedente, a renoncé à la succession future de ses pere & mere: & la difficulté consiste en ce que l'on ne peut pas dire que cette donation tienne lieu à la donataire de sa part afferente en la succession, puisque l'on suppose qu'elle y avoit déja renoncé; & neanmoins il faut conclure, que si c'est un immeuble qui est donné par cette seconde donation, il est reputé propre en la personne de la donataire, parceque le donateur pouvoit faire un rappel au lieu de cette seconde donation; & le rappel qui est fait, comme celuy-cy, *Intra terminos juris*, fait un titre de succession, comme il resulte de la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 6. de la Coutume de Lepuroux & Bouge. D'ailleurs, les renonciations au profit des mâles ne rendent pas la renonçante inhabile à succeder; mais l'excluent seulement pour faire venir les mâles en sa place. Ensorte qu'au défaut des mâles la fille qui a renoncé, est admise à la succession, nonobstant sa renonciation, & est toûjours preferée aux collateraux: ce qui justifie qu'estant heritiere naturelle, n'ayant renoncé que sous une condition tacite, & pouvant venir à la succession en de certains cas, non seulement par l'effet d'un rappel; mais même de plein droit, lorsque les motifs de sa renonciation cessent, il n'est pas inconvenient que ce qui luy est donné en cet état par ses pere & mere, soit reputé propre en sa personne, nonobstant sa renonciation, & il y a quelque chose d'approchant dans la Coutume d'Anjou, laquelle ayant dit, en l'art. 222. qu'en succession de personne noble, les cadets n'ont qu'un tiers par bienfait seulement, c'est à dire, en usufruit, ajoûte en l'article 250. que si on leur donne à tenir par heritage ce qui leur appartient par bienfait, le don n'est pas un conquest de communauté; mais un propre sujet au doüaire.

Il semble qu'il faudroit dire sur le même fondement, que dans les Coutumes où il n'y a qu'un seul heritier, la donation faite par un pere à son puîné, ne laisse pas de luy estre propre: parcequ'elle imite l'ordre naturel des successions, & que d'ailleurs les puînez ne sont pas privez de la succession par une incapacité personnelle; mais par un privilege que l'on accorde à leur aîné; mais le contraire a lieu par les raisons expliquées au n. 7.

32. Si le retranchement de l'Edit des secondes nôces dont l'enfant du premier lit profite, nonobstant sa renonciation, luy est propre.

Enfin, si un enfant du premier lit renonce à la succession de ses pere & mere, comme il ne laissera pas de profiter de la reserve & du retranchement ordonnez par l'Edit des secondes nôces, l'immeuble dont il profitera en vertu de cette reserve, sera propre en sa personne, nonobstant sa renonciation; mais il sera reputé propre maternel si c'est un don fait à la mere; & non propre paternel: parceque la mere a esté une fois proprietaire incommutable de la donation, qui luy a esté faite: & son second mariage ne l'a point dépoüillée de cette proprieté; mais l'a seulement assujettie à cette reserve, comme par une espece de substitution.

L'on demande encore si une rente qui a esté constituée pour cause de dot par un pere au profit de sa fille, est acquest ou propre naissant en la personne de la fille. D'un côté il semble qu'elle soit acquest: parcequ'elle n'a jamais esté possedée par le pere, & elle appartient à la fille dés qu'elle est constituée: Que si elle procede de la liberalité du pere, c'est en tant qu'il l'a constituée sur luy-même, non pas qu'il en ait jamais joüi: car on ne dira pas que le debiteur d'une rente, possede cette même rente, & generalement la possession des noms & actions reside pardevers celuy à qui ils appartiennent: D'autre part l'on dit que cette rente est un immeuble qui vient du pere à titre de donation, ce qui suffit pour faire un propre. 33. Si une rente constituée par un pere à sa fille pour cause de dot, luy est propre.

Enfin, il y a une opinion métoyenne qui va à dire, que si le pere constituë sur luy directement une rente à titre de dot, la rente est propre à la fille, & que s'il promet une somme de deniers pour laquelle il constituë ensuite une rente, cette rente est acquest; mais ce temperamment & cette distinction me paroist sans aucun fondement, puisqu'au contraire si l'immeuble, qui est donné en payement d'une dot promise en deniers est propre, lorsqu'il est de la succession du deffunt, il semble qu'il y auroit autant de raison de dire, que quand le pere promet une somme de deniers, & ensuite constituë une rente te, cette rente doit estre reputée propre, que dans le cas qu'il ait d'abord constitué une rente pour cause de dot. Ainsi la distinction n'est pas fort juste. C'est pourquoy la laissant à part il faut dire indistinctement, que cette rente est acquest en la personne de la fille: parceque l'on appelle propre ce qui ayant esté possedé par quelqu'un, est passé à ses heritiers. Or cette rente n'a jamais appartenu au deffunt, puisqu'il en estoit debiteur: & cette décision se peut encore appuyer par une autre raison, qui resulte de l'objet principal de l'établissement des propres qui n'ont eu lieu qu'à l'effet que l'on conservât dans les familles les biens qui ont déja passé des mains d'une personne de la famille en celles de son heritier, comme du pere dans les mains du fils: Or il est impossible de s'imaginer qu'une rente, qui au moment qu'elle est créée appartient à la fille, qui en a esté dotée, ait jamais passé des mains du pere dans les siennes, ni que le pere qui l'a créée sur luy, puisse en avoir eu aucune possession: Ainsi elle n'est pas plus affectée à la famille, que tout autre nouvel acquest.

Autre chose seroit d'une rente ou tout autre immeuble que le pere acheteroit pour & au nom de sa fille: car il semble d'abord acheter cette rente ou tout autre immeuble, & ensuite en faire don à sa fille, ce qui passoit pour prélegs dans le Droit Romain, suivant la Loy *Filiæ 18. C. fam. ercisc.* C'est pourquoy, en ce cas, la rente ou autre immeuble est propre en la personne de la fille. 34. *Quid* si le pere achete une rente, ou un immeuble au nom de sa fille.

Il arrive quelquefois que le donateur ordonne luy-même, que l'heritage par luy donné sera propre ou sera acquest au donataire: & l'on peut demander si un pere ayant donné à son fils un propre, à la charge qu'il luy tiendroit lieu d'acquest; ou si quelqu'un ayant donné un heritage à son heritier collateral, à la charge qu'il luy seroit propre de succession, cette disposition doit estre executée? Ce qui peut faire de la difficulté, à cause des préjugez, dont on ne manquera pas de se prévenir sur ce sujet, dautant 35. Si un pere peut stipuler, par sa donation à son fils, qu'un heritage propre luy soit acquest.

qu'il y a plusieurs Coutumes qui decident que le donateur peut stipuler que la chose donnée sera propre au donataire, comme la Coutume de Troyes, art. 141. & celle de Paris, art. 246.

Cependant à bien examiner la chose, la Coutume de Paris & ses semblables, ne préjugent point nôtre question, & elles ne vont qu'à permettre au donateur de stipuler que la chose donnée appartiendra entierement au donataire, & n'entrera point en sa communauté; mais elles ne decident point ni qu'un donateur étranger puisse stipuler que la chose donnée sera propre de succession au donataire, ni qu'un pere puisse faire que l'immeuble qu'il donne à son fils luy soit acquest: & la raison de difference est, qu'il est ordinaire de vouloir que ce que l'on donne appartienne pour le total au donataire, en empêchant que la chose donnée n'entre en sa communauté, à l'exemple de ce qui est dit en l'Authentique *Excipitur C. de bon. quæ lib.* que l'on pouvoit donner au fils, à la charge que le pere n'auroit point l'usufruit de la chose donnée: & ce n'est pas faire changer de nature à la chose donnée; mais c'est l'attacher, telle qu'elle est, à la personne du donataire; au lieu qu'en stipulant que la chose donnée soit propre de succession au donataire étranger ou parent collateral, c'est vouloir regler la succession du donataire d'une façon extraordinaire, sans qu'il ait aucun interest dans cette stipulation.

36. Distinction de l'Auteur. Pour moy j'estime qu'il faut distinguer les contrats & les personnes. Et premierement, à l'égard d'un étranger, cette stipulation ne produiroit aucun effet, quand même elle seroit faite dans son contrat de mariage: car la chose donnée ne pouvant estre propre de ligne, ce seroit fort inutilement qu'elle seroit stipulée propre de succession.

En second lieu, si la donation estoit faite à un parent collateral, dans son contrat de mariage, comme la chose donnée pourroit estre propre de ligne, qu'elle l'auroit esté dans la succession *ab intestat*: supposé que le donataire fût l'heritier présomptif du donateur, & que d'ailleurs il n'y a rien qui ne se puisse stipuler dans un contrat de mariage, si ce n'est ce qui est précisément contraire aux bonnes mœurs, j'estime que la clause devroit s'observer, même quand le donataire ne seroit pas le plus prochain heritier.

En troisiéme lieu, il n'en seroit pas de même d'une donation faite hors contrat de mariage: car la qualité des biens des particuliers ne dépend point de leur volonté; mais bien de la disposition de la Loy, qui fait des propres & des acquests d'elle-même, & sans la participation de ceux à qui les biens appartiennent, & qui prescrit les moyens d'acquerir, dont il n'est pas permis de s'éloigner: Il faut dire, en ce cas, avec le grand Papinien, en la Loy *Pater ff. de suis & legit. eam scripturam jus successionis non mutasse, privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri*, & avec la Loy 5. §. *Julianus ff. de administrat. tut. jus publicum remittere non potuit hujusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam.* Voyez Loyseau, liv. 2. des Offices, chap. 7. nomb. 54. L'on ne peut pas stipuler que les Loix n'ayent pas lieu dans la succession d'autruy, & la Loy 65. *ff. de jure dotium*, aussi bien que la Loy *Quoties 3. C. de donat. quæ sub modo*, qui disent, que l'on peut imposer telle condition que l'on veut à sa donation, souffrent cette exception: car on ne dira pas, par exemple, que l'on puisse realiser des meubles par un testament, ni stipuler, même par un contrat de mariage, qu'une donation faite en directe, ne soit point sujette à rapporter dans nos Coutumes, qui n'admettent pas les prelegs, ni ordonner par son testament que ses dettes seront prises sur ses meubles & acquests, comme nous dirons, liv. 3. chap. 2. sect. 3. nomb. 69.

Cette décision souffre pourtant une exception, au cas qu'il y ait une raison pressante de changer le bien de nature, ce qui se peut verifier en cette espece, où je suppose qu'un pere donne un immeuble à son fils, même hors contrat de mariage, & le charge de payer ses dettes: car en ce cas le pere pourroit apposer la condition, que les immeubles par luy donnez tiendroient lieu d'acquests à son fils, à l'effet d'obliger son fils d'accepter sa disposition, & de nettoyer ses dettes, & peut-estre dans la crainte qu'autrement son fils ne voulût pas convertir en propres ses acquests particuliers, dont il estimeroit la possession plus avantageuse: ce qui arriveroit, s'il employoit ses acquests à payer les dettes de son pere. J'estime que cette clause seroit valable.

Au surplus, nôtre proposition principale est 37. Arrest.
appuyée de divers Arrests: car le 23. Janvier 1625. la Cour jugea, qu'encore qu'un Particulier eût declaré par le contrat de creation d'une rente, qu'il entendoit qu'elle luy tinst lieu de propre, dautant qu'il l'avoit constituée des deniers d'une autre rente qui luy estoit propre; neanmoins cette nouvelle rente devoit appartenir en la succession de ce Particulier à l'heritier des acquests, & cet Arrest est rapporté dans le Journal de du Fresne.

De même, le 14. Juin 1633. on jugea, qu'en la Coutume de Poitou il ne suffisoit pas d'avoir ainsi des propres de declaration, pour pouvoir disposer de ses acquests, & cet Arrest est rapporté par Constant sur l'art. 203. de la Coutume de Poitou, nomb. 1. pag. 204. de la derniere edition.

L'on a encore decidé quelque chose de semblable le 22. Juin 1667. qu'un pere ayant vendu son Fief, & declaré par le contrat de vente qu'il entendoit que les deniers provenans de la vente fussent partagez comme Fief, & peu aprés ayant employé ces deniers en l'achat d'une rente, nonobstant toutes les declarations du pere, cette rente devoit se partager entre ses enfans comme une roture, & cet Arrest est rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 10.

Enfin nous avons un Arrest plus récent, & qui a esté rendu en 1671. le 16. Avril, par lequel, quoiqu'un nommé Nicolas Bailly eût declaré lors de la constitution d'une rente de deux mille livres en principal, & de l'acquisition d'un Office de Chargeur de bois, qu'il faisoit ces acquisitions des deniers procedans de la vente de ses propres maternels, & qu'il entendoit qu'elles luy tiendroient lieu de propres du même côté, neanmoins la Cour, en confirmant la Sentence du Prevost de Paris, les ajugea comme acquests aux heritiers paternels, qui estoient en plus proche degré.

Il se trouve d'autres fois qu'au moment de l'ac- 38. Comment le retrait lignager fait un propre.
quisition la chose devient propre à l'acheteur, comme au cas du retrait lignager: car du moment qu'il est ajugé, l'heritage devient propre de succession en la personne du retrayant, & appartient dans sa succession à l'heritier des propres du côté & ligne dont il est venu, suivant l'art. 139. de la Coutume de Paris. Il n'en est pas de même lorsque quelqu'un achete un heritage

lequel est de son côté & ligne : car comme il fait cette acquisition *ut quilibet*, l'heritage est acquest de succession en sa personne, quoique propre de retrait, & c'est ce qui a esté jugé par un Arrest du 16. Février 1647. rendu entre Messieurs Charlet & Monsieur Lallemant Conseiller en la Cour, & est rapporté par du Fresne, liv. 5. chap. 6.

Autre chose est de la rente constituée dans l'alienation d'un ancien propre : car comme c'est une veritable rente fonciere, qui est presumée faire partie du fond, elle est de la même qualité.

39. Que l'heritage retiré n'est propre à l'égard de la communauté que conditionnellement, & que le mari en peut disposer.

Il faut encore observer que ce que nous venons de dire, que l'heritage, qui vient par retrait lignager, est propre de ce moment, reçoit une premiere limitation en matiere de communauté de biens : car j'estime que quoique le mari ait retiré au nom de sa femme, cela ne l'empeschera pas de disposer de l'heritage comme d'un acquest de sa communauté, & supposé qu'il n'en dispose pas, cet heritage n'est propre pour le tout aux heritiers de la femme, qu'à la charge d'en payer le mi-denier, & de faire dans l'an & jour du decés de la femme, la declaration de vouloir conserver le total de l'heritage : car c'est icy, à proprement parler, un retrait contre la communauté.

40. Et n'est propre de succession, qu'à la charge de la recompense à l'heritier des acquests.

En second lieu, aprés le retrait lignager, l'heritage retiré n'est propre en la succession du retrayant, & n'appartient à l'heritier des propres du côté & ligne, qu'à la charge de rembourser à l'heritier des acquests dans l'an & jour le prix de l'heritage, selon le même art. 139. de la Coutume de Paris, ainsi c'est un retrait que l'on donne à l'heritier des propres sur l'heritier des acquests, & sous le condition du remboursement.

41. Que cet heritage est propre en la succession de cet heritier des propres, sans qu'il en soit plus dû de recompense.

En troisiéme lieu, il faut observer, que le même heritage ainsi retiré, & qui a passé ensuite en la personne de l'heritier des propres, est propre pour le tout en sa succession, nonobstant le remboursement qui a esté fait du prix à l'heritier des acquests : & si ce propre a passé du retrayant en la personne de ses enfans, qui estant également heritiers des propres & des acquests, n'ont fait aucun remboursement, il sera encore propre pour le tout en leur succession du même côté & ligne, nonobstant la confusion du remboursement.

Enfin, cette condition du remboursement, qui doit estre fait à l'heritier des acquests, n'a lieu qu'une seule fois, & dans le premier degré de succession, c'est à dire, dans la succession de celuy qui a retiré, & ne s'execute point dans les autres degrez.

☞ Le même heritage est propre de retrait : & il semble que ce soit l'esprit de l'art. 139. de la Coutume de Paris, qui le supposant retiré, & le declarant propre de succession, quoiqu'à la charge du remboursement, semble aussi supposer qu'à l'avenir il sera sujet au retrait lignager, il y a plus de difficulté pour la disposition : Car une fois il n'a esté retiré que moyennant le prix du retrait : d'ailleurs le retrayant ne prétend pas, en affectant un propre de sa famille, jusques à en intenter le retrait, s'ôter la disposition des fruits de son travail ou de son épargne, & la liberté de leguer un propre par testament comme un veritable acquest : ayant dessein d'acquerir, il a préferé ce propre, & en a intenté le retrait ; mais il n'a pas entendu que cette affection, qu'il a témoignée, le dût priver de ce que l'homme affecte le plus, c'est à dire de la liberté de laisser les fruits de son travail à ceux qui ont bien merité de luy : & je me rends à ces raisons.]

Que dira-t-on du doüaire ? & il est constant que le coutumier est un propre paternel en la succession des enfans doüairiers. Il y a plusieurs de nos Coutumes qui en disposent. 42. Du doüaire coutumier, & du prefix.

Il n'en est pas de même du prefix en deniers, qui est mobilier, soit qu'il ait esté acquitté ou non. L'art. 259. de la Coutume de Paris y est précis ; ce qui a lieu, soit que les enfans decedent majeurs ou mineurs ; & quoique ce doüaire tienne lieu du coutumier, qui auroit esté propre en leur succession : parce le coutumier ne leur a point esté dû, la disposition de l'homme dans l'établissement du doüaire prefix, faisant cesser celle de la Loy, & le doüaire coutumier.

Cela a encore lieu, au cas que les enfans eussent l'option, & que le tuteur ait choisi le prefix, comme plus avantageux aux mineurs. Enfin, quoique le doüaire prefix de l'enfant du premier lit, vienne du premier mariage, il n'appartient pas moins dans sa succession aux freres consanguins, qu'aux freres germains.

La fiction fait aussi des propres, & cette fiction se fait ou par la stipulation de l'homme, ou par la disposition de la Loy. La stipulation se fait aussi en deux manieres : car l'on realise par une simple destination en employ d'heritages, qui seront propres *à la future, & aux siens de son côté & ligne*, ou par une clause précise, que les deniers même seront propres à quelqu'un *& aux siens de sont côté & ligne*. A l'égard de la destination des deniers en employ d'heritages qui seront propres, &c. il en faut examiner les conditions necessaires & les effets. 43. Des propres de fiction.

La premiere condition est, que la destination soit faite par un contrat de mariage : car si par un autre acte l'on avoit destiné des deniers en employ d'heritages, ils ne seroient point realisez, cette clause n'ayant son effet que par la vertu & l'autorité du contrat de mariage, selon Jean Gall. qu. 85. quoiqu'elle a quelque fondement dans le Droit, specialement en la Loy *Mulier 21. ff. de pact. dotal.* qui dit, *nam constat posse inter uxorem & virum conveniri, ut dos quæ in pecunia numerata esset, permutaretur, & transferatur in corpora, cum mulieri prodest*, & dans la Loy 26. *ff. de jure dotium.* 44. De la clause de remploy, qu'elle doit estre faite par un contrat de mariage, pour operer la realisation.

La seconde condition est, que les deniers dont on a stipulé l'employ, soient actuellement payez ou tenus pour payez, de même que le prix d'une renonciation à une succession future, doit estre actuellement payé, sans quoy la renonciation ne vaut rien : & l'on fonde cecy sur la Loy 8. *ff. de peculio*, qui dit, *non statim quod dominus voluit in re sua peculii esse, peculium fecit ; sed si tradidit, aut cum apud eum esset, pro tradito habuit : desiderat enim res naturalem dationem :* ce qui a sa raison, puisque le motif pour lequel on juge, que les deniers que l'on a stipulez estre employez en heritages, qui devoient estre propres à la future, &c. doivent sortir nature de propres, encore que l'employ n'en ait pas esté fait, suivant la décision de l'art. 93. de la Coutume de Paris, est qu'il ne seroit pas juste que le mari profitât de sa negligence : Or il n'y a pas de sa faute de ne pas employer des deniers qu'il ne reçoit pas, & il n'y en pourroit avoir qu'en cas qu'il n'eût pas fait les poursuites necessaires : ainsi pourvû qu'il ait fait les poursuites pour avoir le payement de la dot, elle demeure mobiliaire, même à son égard, lorsqu'elle n'est point acquittée, & cela nonobstant la stipulation d'employ en heritages. 45. Que les deniers doivent avoir esté payez, sans quoy l'employ stipulé n'opere point de realisation.

46. Difference à cet égard entre la simple clause de stipulation d'employ; & la realisation, au profit *de la future & des siens de son côté & ligne.*

La raison de difference à cet égard entre la clause de stipulation d'employ, & la cause de realisation au profit de la future épouse & des siens de son côté & ligne, est que la realisation qui resulte de la stipulation d'employ, n'est que tacite, & en ce cas, le caractere d'immeuble ne vient qu'indirectement sur la somme, *& per consequentiam remotam*, en ce que l'on estime que le mari ne doit pas profiter de sa negligence, ni ne peut pas alleguer un défaut d'employ, qu'il ne tenoit qu'à luy de faire: ainsi quand on ne luy a point payé la somme, il est en droit de dire que la realisation qui ne pouvoit venir que de l'employ, lequel n'a pû estre fait, n'a point eu lieu; mais dans le dernier cas ce caractere est formellement imposé sur la somme, & par consequent sur l'action; ce qui ne dépend plus d'aucun employ: c'est pourquoy il faut que les deniers, dont on a stipulé l'employ sans les realiser autrement, soient actuellement payez, ce qui est prejugé par l'Arrest du 21. Aoust 1607. rapporté par Monsieur Loüet en la lettre D. nomb. 66. qui a decidé, qu'une dot promise en argent, & stipulée estre employée en heritages, estoit une dette passive mobiliaire, dont la mere estoit tenuë, même pour la part du pere, & cela en qualité d'heritiere mobiliaire d'un fils qui l'avoit esté du pere, & dans la Coutume de Poitou, où celuy qui succede aux meubles doit acquitter les dettes mobiliaires.

47. Si en cas de stipulation d'employ, le mari negligent est exclus à titre de succession & de communauté.

En second lieu, l'on peut demander, si le mari n'ayant fait aucunes poursuites pour se faire payer de la dot, que l'on a stipulée devoir estre employée en heritages, en est exclus, non-seulement à titre de communauté; mais à titre de succession: & il semble qu'il y a autant de negligence de n'avoir pas exigé la dot, que de ne l'avoir pas employée, conformément au contrat de mariage, aprés l'avoir reçûë, & qu'il y peut avoir même du dol en l'un & l'autre cas, quoique l'on ne presume pas si aisément que le pere ait songé à se preparer la succession de ses enfans; ainsi sa negligence tient lieu à son égard, & quand il s'agit pour luy *de lucro captando*, d'une reception actuelle: & comme, au cas qu'il eût reçû la dot, il seroit exclus de la somme stipulée estre employée en heritages, tant à titre de communauté, qu'à titre de succession, suivant l'Arrest du 14. Juillet 1637. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 66. Arr. 4. aussi ne l'ayant point reçûë; mais ne l'ayant point poursuivie, il en doit estre privé à l'un & l'autre titre.

48. De la stipulation de propres apposée à l'égard de choses déja reputées immeubles.

Il faut aussi observer que l'on prétend que la clause de stipulation de propres apposée dans un contrat de mariage sur des biens déja reputez immeubles, est presupposée avoir esté mise pour le remploy, ce que l'on dit avoir esté jugé par une Sentence arbitrale en cette espece. Un pere & une mere avoient donné à leur fille en mariage la somme de neuf mille livres en constitution de rentes, avec clause que trois mille livres en entreroient en communauté, & les six mille livres restans, feroient propres à la future & aux siens de son côté & ligne, & dans le même contrat il y avoit la clause ordinaire de remploy; mais sans que l'action de remploy fût stipulée propre. Les rentes avoient esté rachetées, & le fils unique du mariage estant decedé, l'on jugea que l'action de remploy appartenoit aux collateraux, & ne se confondoit pas en la personne du pere comme heritier mobilier, & nous avons cette décision dans quelques memoires de Palais, mais j'estime qu'il y avoit necessairement quelque circonstance particuliere, & que le rachat des rentes pouvoit avoir esté fait depuis le decés de la mere, auquel cas le fils estant decedé en minorité, l'action estoit de même nature que les rentes auroient dû estre dans la succession du fils; ou même la mere pouvoit aussi estre decedée en minorité.

On pourroit douter, que pour faire operer une stipulation d'employ, il ne fallut une troisiéme condition, outre les deux qui ont esté expliquées cy-dessus, qui est l'employ actuel en heritages; mais comme cet employ est en la faculté du mari, & qu'on ne le peut contraindre à le faire, il n'est pas juste qu'il profite de sa negligence: & quoiqu'il n'ait point fait d'employ, la clause a son effet pour l'exclure, tant à titre de succession, que de communauté, comme il vient d'estre dit, & en cela l'on presume fait, ce qu'il estoit necessaire de faire.

49. Si la stipulation d'employ emporte la realisation, quand il ne s'agit plus de l'interest du mari.

Ainsi l'effet de la stipulation d'employ en heritages qui seront propres, &c. est de realiser la chose contre le mari, encore que l'employ n'ait pas esté fait. Mais on peut demander si cela a lieu à l'égard même des heritiers collateraux, & si une somme ayant esté stipulée propre purement & simplement, & destinée en employ d'heritages, qui seront propres, &c. ce sera indistinctement le plus proche heritier collateral du côté du pere ou de la mere qui ont fait la stipulation, qui en profitera, la somme estant considerée comme un meuble dans la succession de la fille mariée, ou si ce sera le plus proche heritier du côté du pere, qui profitera de la moitié, & le plus proche heritier du côté de la mere, qui profitera de l'autre moitié. Et j'estime, que la somme est meuble, quand il ne s'agit point de l'interest du mari, à moins qu'outre la clause de stipulation d'employ, l'on n'ait realisé la somme au profit de la future épouse, & des siens de son côté & ligne; & il y en a un Arrest de la GrandeChambre du 20. Fevrier 1664. plaidans Maistre Issalis & Maistre Ravieres: mais cela sera traité plus amplement dans la question suivante.

50. Si l'on peut realiser hors contrat de mariage.

A l'égard de la clause par laquelle la femme stipule, que les deniers seront propres *à elle & aux siens de son côté & ligne*, elle doit estre faite aussi par un contrat de mariage, & l'on ne peut par aucun autre acte, se changer le titre de sa possession, ce que l'on a permis dans ces contrats, à cause de la necessité où l'on est, en ces occasions, de donner de l'argent comptant pour l'usage du mari, dont on a interest neanmoins d'assurer le fond à la femme, & à sa famille, & d'empescher que le mari n'en profite à titre de communauté, ou de succession: aussi il est évident que durant le mariage le mari ni la femme ne peuvent pas realiser au profit de leur famille des effets mobiliers qui leur viendront par succession ou par donation. Mais si les deniers sont donnez à l'un des conjoints pendant le mariage, ou par le pere, ou par un étranger, je ne vois pas pourquoy ils ne puissent estre realisez par le donateur au profit du conjoint donataire, *& des siens de son côté & ligne*, puisque cette realisation ne tend qu'à assurer la chose au donataire & aux siens, & que regulierement on impose telle condition que l'on veut à sa liberalité, comme à toute autre sorte d'alienation, *L. si legato 65. ff. de jure dotium, L. quoties 3. C. de donat. quæ sub modo. Auth. Excipitur C. de bon. quæ lib.* Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 1. nomb. 12. La même Coutume, art. 246. celle de Troyes, art. 141. En effet

nous avons expliqué cy-dessus, que l'on peut changer les qualitez des choses données, quand il y va d'un interest considerable du donataire ou du donateur, comme quand un pere donne un immeuble à son fils, à la charge de payer ses dettes, avec clause que cet immeuble sera acquest au fils, de crainte qu'il ne renonce à la donation, pour ne pas employer en l'acquit des dettes de son pere, ses acquests particuliers, dont il peut estimer la possession plus avantageuse que celle des propres; mais qu'il n'en seroit pas de même au cas qu'il n'y eût aucun interest pressant du donateur; ou du donataire, comme si un étranger donnoit à un homme qui seroit hors d'âge de se marier, avec clause que l'immeuble donné tiendroit lieu au donataire de propre de succession : ou si un pere donnoit un immeuble à son fils sans aucune charge de dettes, avec clause qu'il luy tiendroit lieu d'acquest : car cette clause ne paroissant point necessaire pour l'execution de la donation, comme en l'autre espece, & l'interest que le fils pourroit se former, de posseder plutost à titre d'acquest qu'à titre de propre, n'estant pas assez considerable, pour faire ainsi changer l'ordre des successions, j'estimerois que nonobstant la clause, l'immeuble demeureroit propre au fils & appartiendroit à ses heritiers du côté & ligne. ☞ On peut dire de nos propres, ce que la Loy dit de nos parens, que nous ne pouvons pas faire, par des pactions extraordinaires, qu'ils nous soient des étrangers, *l. jus agnationis 34. ff. de pactis.*] Mais dans l'espece proposée, la realisation estant au profit du donataire, & contre son conjoint, donnant par consequent un effet plus avantageux à la liberalité, encore un coup, je ne vois pas pourquoy elle ne se pourra pas faire hors contrat de mariage, en consequence de la regle qui permet d'apposer telle loy & telle condition que l'on veut à sa liberalité, & de l'utilité que le donataire en reçoit.

51. Si l'augmentation de dot est censée realisée, comme la dot. Que si un pere ayant donné à sa fille en mariage une certaine somme, avec clause, que les deux tiers de cette somme demeureroient propres *à elle & aux siens de son côté & ligne*, depuis & pendant le mariage luy a encore donné une autre somme d'argent par augmentation de dot, sans reïterer cette stipulation de propre, & sans que la clause ordinaire, que tout ce qui aviendra par donation ou succession, sera propre, ait esté stipulée dans le contrat de mariage, on demande s'il faut sous-entendre cette même clause de stipulation de propres dans cet augment? Quelques-uns sont de cet avis, & s'appuyent sur le texte de la Loy *Inter socerum 26. §. cum inter 2. ff. de pact. dotal.* où il est dit, qu'un pere ayant stipulé, que sa fille venant à deceder sans enfans, la dot luy retournera, & le cas estant arrivé, le mari non-seulement doit restituer ce qu'il a reçû lors du mariage, & pour cause de dot; mais encore ce que son beau-pere avoit donné depuis en augmentation de dot : *Nec separabitur portio dotis addstamenti causa data si postea nihil aliud conveniat* : ce qui pourroit avoir lieu, au cas que la donation fût faite à la fille, & non aux conjoints ni au gendre, & que le donateur l'eût qualifiée du titre d'augmentation de dot, suivant la Loy *Si constante 19. C. de donationibus ante nuptias*, où il est dit vers le milieu, *pactis videlicet de redhibitione vel retentione aucte dotis vel donationis, prout partes consenserint, pro jam statuto modo ineundis, sive injungendis veteribus pactis, quæ initio nuptiarum de ante nuptias donatione & dote principaliter constituenda, inita sunt.*

La clause de realisation au profit de la future épouse & des siens de son côté & ligne, peut avoir son effet, quoique la somme n'ait pas esté actuellement payée : parce que l'action reçoit le même caractere d'immeuble, que la somme qui auroit dû estre payée, la nature des actions dépendant de la qualité de leur objet, c'est à dire, de la qualité des choses qu'elles poursuivent. D'ailleurs, ces deniers produisant interest d'eux-mêmes, le mari a quelquefois sujet de se contenter de ces interests : ainsi il ne succede point à cette action comme heritier mobilier de son fils; mais elle passe aux collateraux. Brodeau sur l'art. 93. de la Coutume de Paris. 52. La realisation a lieu, quoique la somme n'ait pas esté payée.

A l'égard des effets des clauses de realisation & de stipulation de propres, ils concernent non-seulement la matiere de la communauté de biens; mais celle des successions. Le premier degré de ces clauses qui est renfermé dans ces termes, *pour demeurer propre à elle*, exclut le mari de la somme realisée à titre de communauté : aussi ce degré de la clause ne concerne purement & simplement que la communauté : ensorte que quand l'on s'est tenu à ce degré, en tout autre cas que celuy de la communauté, la somme est reputée mobiliaire, & soit qu'il s'agisse de la succession de la femme au profit de qui la stipulation a esté faite, soit de celle de ses enfans qui luy ont succedé. 53. De la clause *pour demeurer propre à la future épouse.*

Le second degré qui est compris en ces mots, *& aux siens*, exclut le mari, & l'empêche de profiter non-seulement à titre de communauté; mais à titre de succession, à mesure qu'il decede des enfans du mariage, tandis qu'il en reste quelqu'un. Cette clause a neanmoins fait autrefois difficulté, parceque l'on a prétendu que le mot de *siens* comprend toute sorte d'heritiers, & que celuy qui contracte pour luy & les siens, est censé contracter indistinctement pour ses heritiers directs ou collateraux, ensorte que cette clause empêche que le mari ne vienne même aprés le decés du dernier des enfans; mais on a jugé depuis, & c'est aujourd'huy un point fixe, que le mot de *siens*, fait succeder les enfans les uns aux autres; mais n'empêche point le mari de succeder au dernier decedé. 54. De la clause *& aux siens.*

Le troisiéme degré qui consiste en ces mots, *de son côté & ligne*, exclut le mari de succeder à ses enfans, même au dernier decedé; & appelle les collateraux de la femme à son préjudice. A plus forte raison, il exclut les collateraux du mari. Enfin, cette exclusion est tant pour la portion de la somme realisée, dont le dernier des enfans a succedé de son chef, que pour celles qui luy sont venuës des successions de ses freres, parceque le tout est succession directe, au respect de la mere; qui a esté dotée : ainsi la chose n'a point encore passé en la ligne collaterale. Il faut donc prendre de ces clauses ce qui concerne les successions. 55. De la clause *de son côté & ligne.*

En premier lieu, il est à observer que ces sortes de realisations n'ont pas moins de lieu en païs de Droit écrit, qu'en païs coutumier, en ce qu'elles concernent les successions : & quoique dans le Droit l'on ne fasse point la distinction des lignes, neanmoins l'on a jugé par l'Arrest de Regnaud du 22. Decembre 1600. que la stipulation d'employ, & l'affectation à la ligne, realisoit tellement la somme, même en païs du Droit écrit, qu'aprés la mort de l'enfant né du mariage, elle appartenoit à l'heritier de la ligne, & non au pere; l'Arrest est rapporté par Monsieur Loüet en la lettre R. nomb. 44. 56. Que ces clauses de realisation s'observent en païs de Droit écrit, en ce qu'elles concernent les successions.

57. S'il se fait confusion de l'action en la personne du fils heritier de son pere & de sa mere, qui decede en majorité.

En second lieu, c'est une question assez importante, de sçavoir si ayant esté heritier du pere & de la mere, & estant decedé, même en majorité, il s'est fait confusion en sa personne de l'action de remploy de la somme realisée: car il semble que cette addition d'heredité n'est pas capable d'éteindre l'obligation active & passive, parceque la somme est une fois realisée, & que la confusion n'a lieu que pour les choses & actions mobiliaires, & non pour les actions immobiliaires, & c'est le sentiment de Brodeau sur l'art 93. de la Coutume de Paris, ce qui sera examiné dans la section 3.

58. La realisation finit quand la somme ou l'action a passé en la ligne pour qui elle est faite.

En troisiéme lieu, les clauses de stipulation de propre finissent d'elles-mêmes, lorsqu'elles ont eu une fois leur entier effet, soit en directe, soit en collaterale: & dés lors la chose realisée reprend son ancienne nature, & est meuble comme auparavant, ainsi qu'il est décidé à l'égard du doüaire prefix, par l'art. 259. de la Coutume de Paris: ce qui a lieu, soit que celuy en qui s'est consommé le dernier degré de la clause, soit decedé mineur; soit qu'il soit mort majeur, suivant un Arrest du 26. Avril 1674. qui est dans le Journ. du Pal. part. 3. pag. 361.

59. Que ces clauses finissent, quand le mari a restitué la somme.

En quatriéme lieu, ces clauses finissent encore par la restitution de la somme faite par le mari, par exemple, s'il a fait cette restitution à ses enfans, lorsqu'ils ont esté parvenus en majorité, ou si ses heritiers l'ont payé à sa femme qui a survéeu, ou s'il l'a restituée luy-même à sa femme à l'occasion d'une separation de biens. Que si le mari l'a restituée au tuteur de ses enfans, il semble que la realisation dure, selon l'art. 94. de la Coutume de Paris. Voyez la sect. 3. de ce chap. nomb. 32. Voyez ci-aprés sect. 3. num. 28. & suivans.

☞ Elles semblent aussi finies quand le mari est mort le premier, & que la femme luy a survécu en majorité: parcequ'alors il ne s'agit plus de l'interest du mari, & que ces clauses sont indistinctement contre le mari. Cependant cela dépend de l'intention des parties: qui ont attaché la realisation à l'action, qui subsiste jusques au payement, ou jusques à ce que tous les degrez de la realisation soient consommez, & qui n'ont point entendu que l'action & que la realisation fût finie tant qu'il resteroit des degrez à consommer. Que si Maistre Charles du Molin, a dit, ***hoc est indistinctè contra maritum; non autem respectu aliorum,*** il a entendu par ces mots que la femme n'estoit pas interdite de disposer au profit d'étrangers; non que le mari estant predecedé, la somme n'appartinst pas aux heritiers des propres, tant que l'action subsiste & qu'elle n'est pas parvenuë au dernier degré: aussi il faut donner à la fiction le même effet qu'à la verité; & supposer la somme un heritage, jusques au payement de la somme & à la consommation des degrez de la realisation, ce qui semble même de l'intention des parties, qui ont voulu affecter à leur ligne, & appelle les collateraux à la somme tant qu'elle ne seroit point payée. Cela doit avoir lieu à plus forte raison si on a realisé quant à tous effets, & sans qu'en aucun cas la somme pût estre censée mobiliaire, même avec stipulation d'emploi, qui sortiroit même nature de propre.

En cinquiéme & dernier lieu, ces clauses estant reciproques se doivent observer de part & d'autre, même au respect du mari, quoique la realisation estant sur l'action; à l'égard de la femme qui a realisé, il est bien plus naturel de la concevoir en sa personne, parcequ'elle a action pour la repetition de sa dot, & cette action soutient la realisation sans se perdre & se confondre; mais il n'en est pas de même à l'égard du mari qui n'a point d'action contre la femme pour la repetition de ce qu'il a apporté; principalement quand elle renonce à la communauté: ainsi sa realisation ne peut estre attachée qu'aux deniers mêmes qu'il realise, lesquels se confondent dans ses mains. Et nonobstant cela il faut dire que la realisation doit estre executée dans tous les degrez, tant au respect du mari, qu'à l'égard de la femme; en sorte que le mari ayant realisé & venant à deceder, sa femme sera exclusé de profiter des deniers realisez à titre de communauté: & les enfans venant pareillement à deceder, la mere en sera encore exclusé à titre de succession: enfin aprés le decés du dernier des enfans, les collateraux viendront encore à son préjudice: ensorte que cette clause s'entend en ce cas, ***indistinctè contra uxorem.***

Pour l'operation de cette realisation elle est telle, que quand la femme accepte la communauté, on préleve sur la communauté le propre fictif du mari; quand elle y renonce, la communauté demeurant toute entiere aux heritiers du mari, ils se payent eux-mêmes de leurs propres fictifs. Que si la femme ayant renoncé à la communauté demande à titre de succession de l'argent comptant, qui se trouve en la succession d'un fils commun; en ce cas supposé que la realisation soit au profit du mari & des siens de son côté & ligne, ces deniers appartiendront aux freres de ce fils, ou à ses heritiers paternels, supposé qu'il fût fils unique; & la mere en sera exclusé, sa succession mobiliaire n'estant que de ce qui reste aprés qu'on a prélevé les propres fictifs.

Il s'est presenté une espece où l'on a esté plus loin; car estant dit dans le contrat de mariage que tous les biens du mari, qui par un inventaire fait lors du mariage, montoient à dix mille écus d'argent comptant, luy seroient propres à luy & aux siens de son côté & ligne, & par une autre clause que tout ce qui arriveroit à chacun des conjoints, par donation, succession, ou autrement, à l'exception des meubles meublans, luy demeureroit propre, & estant échû au mari la succession de son pere, où il y avoit beaucoup d'argent comptant; enfin le mari lors de son decés ayant laissé plusieurs enfans dont il deceda quelqu'un, l'on estima dans une assemblée qui se fit de plusieurs Avocats, que sur l'argent comptant, qui se trouvoit appartenir à la succession de cet enfant, ses freres & sœurs devoient prendre la part qu'il avoit euë dans les propres fictifs, avant que la mere survivante pût rien prendre pour la part que cet enfant avoit euë dans la succession de son ayeul; & qu'encore que l'argent comptant qui pouvoit venir de la succession de l'ayeul n'estoit propre aux termes de cette seconde clause, qu'à l'effet de ne pas entrer en la communauté, mais non pas à l'effet d'en exclure la mere à titre de succession; ces deux clauses de stipulation de propre, n'ayant rien de commun l'une avec l'autre, la seconde devoit estre limitée à la communauté, sans passer outre. Qu'ainsi en vertu de la premiere, les freres devoient consommer l'argent comptant jusques à concurrence de la part que le fils, ***de cujus bonis,*** avoit euë dans les propres fictifs de son pere; sans que la mere qui estoit en état de profiter de la succession mobiliaire de son fils, & même de l'argent comptant qui venoit de l'ayeul, pût prétendre de concurrence avec eux; que le surplus appartiendroit à la mere à titre d'heritiere mobiliaire de son fils.

Il y a plus de difficulté quand le mari apportant

de l'argent comptant, stipule qu'il en fera employ en heritages, qui luy seront propres à luy & aux siens de son côté & ligne: car comme pareille stipulation estant faite pour la femme, la raison pour laquelle le mari qui n'a point fait d'employ est exclus de profiter de la somme pour le tout, ou pour partie à titre de communauté & de succession, c'est que s'il en profitoit à l'un ou l'autre titre, il tireroit avantage de sa propre negligence; voyez cy-dessus numero 44. & suivans: & que cette raison n'a point lieu quand la stipulation d'employ est faite au profit du mari: parceque ce n'estoit pas à la femme à faire l'emploi, il semble qu'elle peut profiter en ce cas à titre de communauté ou de succession: cependant il faut encore en exclure la femme à l'un & l'autre titre: parce qu'il ne faut pas non plus que la negligence du mari profite à la femme; autrement pareille clause seroit une vraye reserve d'avantager sa femme durant le mariage. Il semble pourtant que le contraire ait esté jugé par un Arrest de la prononciation de Noel 1609. rapporté par Month. Arrest 115.]

60. Que la realisation n'empêche pas la femme de disposer du tout

Au surplus, la realisation ne va point à empescher la femme de disposer de la somme realisée, qui demeure mobiliaire quant à la disposition, & si le mari a fait employ des deniers realisez, la femme peut disposer du total de l'employ, comme d'un veritable acquest, suivant l'avis de plusieurs: ce qui a quelque fondement, puisque la realisation ni la stipulation d'employ n'a pas esté faite contre la femme. Enfin, elle peut aussi disposer de l'action de remploy pour le tout, quoiqu'elle ait esté stipulée propre *aux siens de son côté & ligne*, & qu'elle semble subrogée à l'heritage, qui a esté vendu, cette subrogation estant fort imparfaite.

61. Que la rente constituée peut faire un propre, jusques au rachat actuel.

A l'égard des immeubles & des propres fictifs qui sont tels par la disposition de la Loy, nous en avons de deux especes, les rentes & les Offices, & sous le mot de *rentes* j'entends les constituées: car les foncieres sont immeubles de leur nature, & font partie du fond. Or quoiqu'il y ait quelques Coutumes dans le Royaume où les rentes constituées sont meubles, comme celle de Troyes, art. 66. celle de Vitry, art. 131. celle de Reims, art. 18. & celle de Chauny, art. 66. Neanmoins l'on peut dire, que la plûpart des Coutumes les reputent immeubles, & que c'est un droit commun. Ainsi elles peuvent estre propres de succession, quoiqu'elles ne le soient pas pour le retrait, parceque le droit du retrait est plus étroit que celuy des successions, Maistre Charles du Molin sur l'art. 1. du titre 19. de la Coutume de Berry. Sur ce fondement les rentes suivent leur ligne comme les heritages, & quand même à faute de payement des arrerages, il y a eu Sentence, qui a ordonné le rachat, la rente est encore immeuble, si le rachat n'a pas esté fait, parce qu'il n'y a qu'un rachat actuel, qui dissoude la rente constituée, suivant l'art. 94. de la Coutume de Paris. Ce qui a lieu, au cas même que la condamnation au rachat, vienne en consequence d'un vice inherent au contrat, & d'un stellionat.

Que si le rachat est fait depuis le decés de celuy des biens duquel il s'agit, les deniers se partagent comme immeubles, & l'on considere le temps de l'écheance de la succession, auquel la rente estoit encore immeuble, & le principal encore aliené.

62. Que pour sçavoir si une rente constituée est meuble, on suit la Coutume du creancier.

Enfin, il faut observer que, pour déterminer si une rente est meuble ou immeuble, l'on suit la Coutume du domicile du creancier; & non celle des debiteurs, ni de la situation des heritages, selon les Arrests rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur, lettre R. nombre 31.

63. Subrogations.

Aprés avoir parlé du propre que fait la succession, la donation & la convention, il faut traiter de celuy qui se fait par le moyen de la subrogation, & examiner à cet effet en premier lieu quels sont les titres qui produisent la subrogation. Et en second lieu, quelles choses peuvent faire la matiere d'une subrogation.

Il y a des subrogations legales, & il y en a de conventionnelles, ainsi la Loy & la convention font les propres par subrogation: par exemple, la Loy décide, que toutes les fois qu'un mari a échangé un heritage dotal, l'heritage qu'il reçoit est reputé dotal, & c'est la disposition de la Loy *Quod si fuerit 27. ff. de Jure dotium.* Et il est dit en la Loy *Et quod 71. de legat. 2.* que si un heritier estant chargé de restituer ce qui luy resteroit des biens de la succession aprés sa mort, avoit vendu pendant sa vie des biens de la succession, & du prix en provenant avoit acquis d'autres biens, ces biens ainsi acquis seroient sujets à restitution, comme subrogez en la place de ceux de la succession: ce qui a fait dire que la subrogation n'a lieu que dans les titres & jugemens universels. Il est constant neanmoins, qu'il y a des titres particuliers, qui la produisent de plein droit, comme il faut convenir que la plûpart ne la produisent pas, & j'avouë, que qui pourroit donner des regles certaines sur une matiere aussi confuse que celle-cy, ne meriteroit pas peu du public. Mais comme la chose demanderoit un traité particulier, il faut se contenter, de crainte de faire des digressions à l'infini, de poser icy quelques fondemens de cette partie de nôtre Jurisprudence.

De tous les genres de contrats, l'échange & la vente sont les seuls qui puissent produire la subrogation; mais ni l'un ni l'autre ne la produit pas toûjours. Car si j'échange un fief contre une roture, qui m'est donnée en contre-échange, il est vray de dire que la subrogation aura lieu en un sens, & qu'elle n'aura pas lieu en un autre sens. Si le fief m'estoit propre, la roture me sera propre par subrogation; mais elle ne tiendra pas lieu de fief dans ma succession, parce que d'estre fief, ou roture, c'est une qualité en quelque façon intrinseque, qui est attachée à l'heritage, & qui passe avec luy, en quelques mains qu'il puisse tomber; mais aussi qui ne s'y attache pas aisément, cela ne dépendant pas de la destination que se font des possesseurs.

De plus, si j'échange mon propre contre un meuble, ce meuble ne me sera pas propre par subrogation: Que si je vends mon Fief, quoique le prix en soit dû aprés ma mort, mon aîné n'y aura aucun droit d'aînesse; ce qui a lieu au cas même qu'il y ait terme donné pour le payement du prix, qui ne seroit pas encore échû, lequel n'empescheroit pas que l'action pour le payement du prix, ne fût une pure action mobiliaire, comme il a esté jugé par Arrest du 8. ou du 18. Janvier 1668. au rapport de Monsieur Petaut, en la troisiéme Chambre des Enquestes, entre Marie Brochard & Claude Hermant; ou au cas que par le contrat de vente l'acheteur ait constitué une rente pour le prix du propre vendu: car cette rente est encore acquest dans la succession du vendeur. Et il y en a Arrest du 24. Mars 1592. entre Damoiselle Marie de Travers & Maistre Denys de Beauclerc. Mais si mon fief n'est vendu qu'aprés ma mort, & avant le partage de mes biens, mon aîné aura son droit d'aînesse sur le prix, comme

me il auroit eu sur le fief. ☞ Enfin si possédant un propre en une Coutume, où il n'est permis de disposer par testament que du quint des propres, je l'échange contre un autre immeuble situé en une Coutume où il est permis de disposer de la tierce partie de ses propres, je puis disposer par testament de ce nouvel immeuble suivant la Loy du païs, sans qu'on puisse reduire ma disposition au quint de cet immeuble; parce que les Coutumes sont réelles, principalement pour ce qui concerne la quotité des biens dont on peut tester.]

64. Conditions de la subrogation par échange. Au milieu de tout cela il faut dire, à l'égard de l'échange, qui est le contrat le plus disposé à produire la subrogation, qu'il la produit quand il y a quelque justice à la subrogation, que d'ailleurs, la chose reçûë en échange, est susceptible des mêmes qualitez que la chose donnée, & que ces qualitez peuvent aisément passer d'un sujet en un autre. Voilà les trois conditions de la subrogation. Ainsi quand on échange une maison propre contre un autre heritage, l'équité persuadant la subrogation au profit de la famille: d'ailleurs, l'heritage étant susceptible de cette qualité de propre, & cette qualité étant une qualité extrinseque qui passe aisément en un sujet, comme elle s'en efface aussi aisément, dans le concours de ces trois conditions, la subrogation se fait de plein de droit, aussi c'est la disposition de l'article 143. de la Coutume de Paris, & du 273. de celle d'Anjou; mais si j'ay hypoteque sur une rente qui soit depuis venduë par mon debiteur, & que le nouvel acquereur ayant échangé cette rente contre une maison, celuy entre les mains duquel la rente a passé en reçoive le remboursement, je demeure frustré de mon hypoteque, parce qu'il n'y a point de raison qui appuye cette subrogation: Au contraire l'hypoteque étant un droit réel, fixe & permanent, qui ne change point par le changement de possesseur, il n'y a aucune necessité qu'elle passe d'un sujet à un autre, à l'occasion de l'échange. Car de dire dans cette espece, que sans la subrogation, je perds mon hypoteque, c'est un mauvais pretexte: dautant que je la perds par la fragilité de la chose qui me servoit d'hypoteque, dont l'extinction & l'amortissement se pouvoit aussi bien faire sur mon debiteur originaire, que sur celuy qui avoit acquis de luy. Ainsi dans cet exemple la subrogation manque par le défaut de la premiere condition, qu'il y ait quelque juste raison qui la persuade. Il en est de même à cet égard que d'une rente fonciere, qui affecte toûjours le même heritage, quoique le preneur l'échange.

65. *Quid* à l'égard de l'heritage sujet au doüaire échangé par le mari. Il y a quelque chose d'opposé dans la matiere du doüaire coutumier: car si ma femme a son doüaire sur mon heritage, & que je l'échange contre un autre, la plus commune opinion est, qu'elle a le choix de prendre son doüaire sur l'un ou sur l'autre, pourvû qu'elle y trouve son avantage: car toutes choses égales, on l'oblige de se contenter de la chose reçûë en contre-échange, parce que, comme dit la Loy *Si id quod ff. de donat. inter, non amare nec ut inter infestos illud tractandum est.* Il n'est pas même permis aux heritiers du mari, au cas que l'échange soit extremement avantageux, d'offrir à la veuve de la faire joüir de l'ancien heritage, & nonobstant ses offres elle se pourra tenir à l'échange, 1. parce qu'il est permis au mari d'augmenter l'heritage sujet au doüaire, principalement quand il ne luy en coûte rien. 2. Parce que le doüaire n'étant qu'un simple usufruit, les heritiers, à qui la chose doit retourner, n'ont pas sujet de se plaindre de ce que la veuve execute l'échange: & en troisiéme lieu, par cette regle qui vient d'estre dite, que toutes ces choses se jugent par principe d'équité: d'où il resulte que l'équité est la premiere condition de ces subrogations.

66. Du retour de partage. C'est sur ce fondement qu'en matiere de communauté de biens le retour de partage de succession, quoique dû ou payé en deniers à l'un des conjoints, est propre de communauté, lorsqu'il tient lieu d'immeubles, & que le partage a esté fait pendant le mariage: ensorte que de crainte de l'avantage indirect & de la fraude que l'on appelle *de modo ad modum*, l'on juge, en ce cas, la subrogation, & l'on considere la soulte, comme l'heritage dont elle tient lieu.

67. Si l'échange d'une maison propre, contre une Bibliotheque, fait un propre. Que si quelqu'un échange une maison qui luy est propre contre une Bibliotheque, il ne se peut faire, en ce cas, de subrogation de la qualité de propre, parce que des meubles ne sont pas susceptibles de cette qualité: ainsi la seconde condition de la subrogation manque en ce rencontre. La chose ne se jugeant pas en ce cas, comme nous venons de dire qu'elle se juge en l'espece precedente, où un retour de partage, quoique mobilier, est subrogé à un immeuble, parce qu'il n'a pas icy sujet de craindre l'avantage indirect comme entre conjoints.

Enfin, si dans un partage des biens du pere l'on donne des biens maternels à l'un des enfans, au lieu des biens paternels, il se fait une subrogation des uns aux autres, & les biens maternels deviennent propres paternels: parce que la qualité de propre est une qualité extrinseque, qui passe aisément d'un sujet à un autre, ce qui sera expliqué incontinent: mais si je change un Fief contre une roture, la roture ne tiendra point lieu de fief dans ma succession, & mon aîné n'y aura point de droit d'aînesse: parce que, comme il a esté dit cy-dessus, la qualité de fief est une qualité en quelque façon intrinseque, au moins elle est fixe & permanente, & ne se change pas à l'arbitrage du vassal, selon Maître Charles du Molin, sur l'article 30. de la Coutume d'Amiens, lequel article decidant en termes generaux, que les heritages pris en échange, sont de même nature & condition que les heritages donnez en échange, il dit là-dessus, *in titulo scilicet respectu qualitatum antiqui vel novi prædii respectu acquirentium, sed non respectu qualitatum intrinsecarum, vel realium ipsius fundi, quia de feudali non fit censuale, vel contrà, etiamsi ab eodem domino utrumque prædium moveretur.* — 68. *Quid* de l'échange d'un Fief, contre une roture.

69. Coutumes où l'échange fait la subrogation des qualitez intrinseques. Il faut pourtant estre averti, qu'il y a des Coutumes où l'échange fait même la subrogation des qualitez intrinseques, par une espece de fiction, qui n'a lieu que dans un premier partage, telle est la Coutume du Maine article 290. car cet article decidant que l'heritage reçû en échange, sera partagé pour la premiere fois, comme l'eût esté l'heritage donné en échange, on a inferé fort judicieusement, que cet article avoit lieu à l'égard même des qualitez intrinseques, parce que n'admettant cela que pour le premier partage, il designe assez, qu'il l'admet comme une chose extraordinaire: Or il n'est pas nouveau que la chose reçûë en échange, retienne les qualitez extrinseques, ainsi il se doit entendre des qualitez intrinseques qui se conservent à l'occasion du premier partage, c'est pourquoy en cette Coutume la roture reçûë en échange pour un fief, se partage la premiere fois comme fief. Voilà les conditions sous lesquelles l'échange produit la subrogation.

70. S'il y a subrogation, quand C'est icy le lieu d'examiner cette question triviale de sçavoir, si lorsque dans un partage l'on

dans un partage, l'on donne des biens paternels pour des maternels.

donne à un enfant des propres paternels pour des maternels, qui luy appartiennent, il se fait une subrogation dans cet échange: ensorte qu'à l'avenir dans la succession de cet heritier & dans les autres, ces propres seront reputez maternels, & seront sujets incontinent aprés ce premier partage à estre retirez par les heritiers maternels, en cas qu'ils soient vendus. Et il faut avoüer d'abord, que si l'on se declare pour l'affirmative, l'on contredit un grand nombre de nos plus fameux Auteurs, comme Monsieur Tiraqueau, Maître Charles du Molin, Monsieur d'Argentré, & Maître René Chopin.

71. Raisons de douter, & inconveniens de part & d'autre.

On peut même ajoûter, que quelque opinion que l'on embarasse, elle sera suivie de tres-grands inconveniens: d'un côté il semble, qu'il se fait en ce rencontre un veritable échange, lequel fait d'autres propres par subrogation, suivant la maxime ordinaire, que *mutatione persona, mutatur status & conditio rei*, d'autant plus que cela se fait à l'occasion d'un partage, qui est un titre universel. Neanmoins il semble qu'il y ait de l'inconvenient de faire ainsi changer en un moment une qualité, qui ne s'est acquise que par succession de temps, & de faire qu'aprés un simple partage, qui est l'ouvrage d'un instant, des parens maternels ayent un droit de retrait lignager sur des biens qui depuis deux cens ans ont appartenu à la ligne paternelle: Ce qui a fait conclure Monsieur d'Argentré, sur l'article 418. de la Coutume de Bretagne, pour la negative: D'autre part, ce parti même produit des absurditez, car si l'on dit, que les biens paternels que l'on donne au lieu des maternels dans le partage de la succession de la mere, conservent leur ancienne nature, il s'ensuivra, que quand la même chose arrivera dans le partage d'une succession collaterale, un cousin par exemple, ayant eu des propres d'une autre ligne, la succession où le retrait de ces propres appartiendra à celuy qui n'est point son parent, sous ce seul pretexte qu'il est du côté & ligne des propres qui luy ont esté donnez. Et si je partage la succession d'un cousin, à qui j'étois tel du côté de sa mere, avec d'autres cousins qui luy étoient tels du côté de son pere, & qu'au lieu des propres maternels on me donne des paternels, si ces propres ne changent point de nature à l'occasion de ce partage par l'effet de la subrogation, il s'ensuit qu'ils appartiennent dans ma succession aux parens paternels de mon cousin, qui ne me sont point parens, & que les mêmes les pourront retirer, si je les vends pendant ma vie.

Aussi ceux qui soutiennent qu'il ne se fait point icy de subrogation, pour éviter cette absurdité, sont obligez de faire une exception de cette espece particuliere; mais sans alleguer de raison de difference, & disent seulement que la chose va ainsi dans une espece, & qu'elle va autrement dans une autre, que dans l'une les propres ne changent point de nature, & que dans l'autre ils en changent.

72. Que la question semble plus difficile pour le retrait, que pour la matiere des successions.

Lorsque l'on examine cette question par rapport au retrait lignager, l'on trouve plus d'inconvenient dans cette subrogation, que lorsqu'on l'examine par rapport aux successions: car il est difficile de s'accoutumer à croire, que sous pretexte, que dans le partage des biens de ma mere, l'on m'a donné des biens de mon pere, dés lors ces biens deviennent tellement propres maternels, que mes parens du côté maternel, qui avant ce partage étoient entierement étrangers à l'égard de ces sortes de biens, y ayent un droit de retrait quand je viendray à en disposer. Cependant il est certain que la chose ne sçauroit se diviser, & que ce qui devient propre maternel par subrogation à l'égard des successions, devient aussi propre de retrait de la même ligne.

Resolution pour la subrogation.

Et pour me déterminer sur cette question, j'estime que la subrogation a lieu toutes les fois qu'à l'occasion d'un partage, l'on donne des propres d'une autre ligne, ou quand les copartageans se donnent de leurs acquests, au lieu des propres qui leur appartiennent: parce que toutes les conditions necessaires pour la subrogation se rencontrent alors, l'équité la persuadant, les choses échangés étant susceptibles des mêmes qualitez, & ces qualitez étant transmissibles d'un sujet en un autre: enfin s'agissant d'un veritable échange, qui est le contrat le plus disposé à produire la subrogation. 73. Resolution pour l'affirmative.

La seconde raison est, que cette opinion ne produit point d'absurdité, comme en produit l'opinion contraire: car quand on donne des propres d'une ligne pour des propres d'une autre ligne, chaque ligne conserve ses droits, soit pour le retrait, soit pour les successions. Que si on donne à un heritier des propres, des acquests du défunt, il n'y a pas beaucoup d'inconvenient, que ces acquests soient reputez anciens propres en sa personne, & que l'heritier des acquests possede ces anciens propres, comme des propres naissans. Que si à ce même heritier des propres on luy donne des acquests qui ne soient pas de la succession; mais qui ayent esté faits par l'heritier des meubles & acquests, il n'est pas surprenant qu'un immeuble soit subrogé par un échange à la place d'un autre immeuble, & qu'il prenne ses qualitez dans cette subrogation, & qu'ainsi des acquests deviennent propres en la personne de l'heritier des propres; & au contraire, il naît de l'opinion contraire des absurditez, ausquelles on ne peut parer: car de raison de difference de cette espece proposée, pour la succession directe, ou pour la succession collaterale, il n'y en a aucune.

Enfin, l'Arrest du 30. Mars 1596. rendu entre Eustache de Saintion & les Danets, avant lequel les Chambres furent consultées, comme le rapporte Tronçon, sur l'article 143. de la Coutume de Paris, & le Continuateur de Monsieur le Prestre, Cent. 3. chap. 88. semble ne devoir laisser aucune difficulté, puisqu'il decide, que les biens maternels qui avoient esté ajugez à un enfant pour son partage de la succession du pere, étoient reputez paternels par l'effet de la subrogation, & en cette qualité appartenoient à ses parens & heritiers paternels. Il faut aussi ajoûter qu'il y a des Coutumes qui confirment nôtre opinion, qui sont, entr'autres, la Coutume de Troyes, article 154. & celle de Sens, article 44. 74. Arrests & Coutumes qui ont decidé la question.

A l'égard des objections que l'on fait ordinairement, elles ont leurs réponses: car si l'on dit, qu'il y a quelque inconvenient qu'un bien ayant esté de tout temps le propre d'une ligne, devienne en un instant, & par la seule destination d'un partage, le propre d'une autre ligne, & que de ce moment les heritiers de cette autre ligne, y ayent droit de retrait & de succession, il est aisé de répondre qu'il semble bien plus étrange qu'un acquest, contre lequel un propre est changé dans un contrat d'échange ordinaire, devienne en un moment le propre de la famille, tant pour le retrait que pour la succession, 75. Réponse aux objections.

ce qui passe cependant sans contestation.

Que si l'on objecte encore qu'il y aura souvent de la difficulté dans l'execution, parce qu'un heritier des propres ayant eu tous les acquests : ou ayant eu de l'argent & des acquests ; soit de la succession, soit des coheritiers : ou quelquefois un heritier des propres d'un côté pour le tout, & des meubles & acquests en partie, ayant eu tous les meubles & acquests de la succession, ou même de ceux de ses coheritiers, lorsqu'il s'agira aprés de retirer ce qu'il aura vendu, ou de luy succeder, il faudra discuter ce qu'il y aura de propre ou reputé propre dans les acquests qui luy ont esté donnez. Et il faut demeurer d'accord de cet embaras, duquel neanmoins l'on sortira aisément à l'aide du partage où cet échange aura esté fait, dans lequel l'on reconnoîtra quelle part il avoit dans les meubles & acquests, & dans les propres.

Enfin, Maître Charles du Molin ne s'est point tellement declaré de l'opinion contraire, qu'il n'ait approuvé la nôtre sur l'article 154. de la Coutume de Troyes, où il établit, que l'échange fait la subrogation des propres d'une ligne à une autre, même dans un partage, lorsque la soulte n'excede pas.

76. Si la vente fait des propres de subrogation. A l'égard de la vente, ordinairement elle ne produit point la subrogation, ☞ parce que les deniers qui sont mobiliers, ne sont pas susceptibles d'eux-mêmes de la qualité de propres, & qu'ils ne la reçoivent pas de la destination des parties, sans une stipulation expresse : car si celuy qui échange son propre contre un autre immeuble, songe à subroger l'un à l'autre ; il n'en est pas de même de celuy qui vend son propre : estant vray de dire seulement, que celuy-cy prefere l'argent au propre, non pas qu'il ait dessein de subroger l'argent au propre, pour luy faire avoir la même qualité dont il n'est pas naturellement susceptible. L'on a jugé cela dans le cas même qu'un homme en vendant son propre, eût donné terme à l'acheteur, & fût mort avant l'expiration, & en ce cas on a ajugé le prix de la vente à l'heritier mobilier, par Arrest du 8. Janvier 1611. qui est dans Monsieur le Prestre, entre les Arrestez de la cinquiéme Chambre des Enquestes. La même chose fut jugée pour des deniers payez à un tuteur en execution d'un remeré d'un heritage vendu par le pere du mineur, car le mineur, estant decedé durant sa minorité, on a ajugé les deniers aux heritiers mobiliers, quoiqu'ils fussent le prix d'un heritage qui appartenoit à un mineur : l'Arrest qui est du Parlement de Bretagne en est rapporté par Frain, tom. 1. chap. 73. page 245.] Aussi la dot étant en argent, si l'on en fait des acquisitions, regulierement les choses ainsi acquises ne sont point reputées dotales, suivant la Loy *Pecunia C. de jure dotium* ; ce qui a lieu parmy nous, si ce n'est que le mari observe des formalitez telles que la Coutume de Bourbonnois, article 239. prescrit à cet effet, & qu'il fasse une declaration lors de la vente, un employ peu aprés, & une seconde declaration lors du même employ. Ce qui répond parfaitement à la disposition du Droit, en la Loy *Si venri ff. de bon. auth. jud. poss.* en la Loy 12. *ff. qui potiores*, & en la Loy 1. *C. de his qui in priorum.* Aussi il y a des cas dans le Droit, où la vente de la subrogation, comme si l'on achete quelque chose des deniers d'un mineur, suivant la Loy 3. *C. arbitrium tutelæ.* De même parmi nous, si des freres avant que de faire leur partage vendent un fief de la succession, ou s'il s'en fait une licitation : car les deniers sont subrogez au lieu du fief, ensorte que l'aîné y a la même part qui luy appartenoit dans le fief, quoique ce prix ne luy soit pas propre, mais un simple effet mobilier. Mais si le pere avoit vendu le fief de son vivant, quoique le prix en fût dû lors de son decés, l'aîné n'auroit point de droit d'aînesse sur ce prix : parce que le fief n'a point esté de la succession ; mais seulement le prix de la vente. Que si quelqu'un aliene son fief avec reserve d'une rente fonciere, il n'y point dans sa succession de droit d'aînesse sur cette rente, parce qu'il n'est pas vray de dire qu'elle soit fief ; mais seulement qu'elle tient lieu de fief. Autre chose si le bailleur avoit retenu la foy & hommage : car alors la rente étant feodale, l'aîné y prendroit sa plus grande portion, & même par la disposition de la Coutume d'Orleans, art. 93. par un effet de la subrogation il y prend la valeur de son preciput, c'est à dire, du principal manoir.

Que si l'on donne un immeuble de la succession à la fille, à laquelle il est dû une dot en deniers, l'immeuble n'est pas tant subrogé en la place des deniers, qui avoient esté promis, qu'il est vray de dire qu'il est reputé avoir esté promis, comme il a esté donné, & il est propre à la fille dotée. Ensorte qu'encore que ce payement soit une espece de vente, suivant la Loy *Si prædium 4. C. de evict.* il n'en est point dû de droits Seigneuriaux, suivant l'article 26. de la Coutume Paris. Que si le pere ayant donné à sa fille en mariage une Terre d'un certain prix, à la charge de la pouvoir retirer dans un temps prescrit, vient dans la suite à exercer ce remeré, le pere est encore reputé, en ce cas, n'avoir promis & n'avoir donné que des deniers, suivant un Arrest rapporté par Papon, liv. 13. tit. 2. Art. 24. en datte du 9. Juin 1548. 77. De l'immeuble donné à la fille au lieu des deniers dotaux qui avoient esté promis.

Enfin, si le pere legue une certaine somme à son fils pour sa legitime, & que ce fils decedant peu aprés, il soit question de sçavoir, si cette somme est mobiliaire ou immobiliaire dans sa succession, cela dépend d'examiner si le legs a esté payé : car cela étant, il est meuble en la succession du fils, & la mere en profitera tant en païs de Droit écrit en vertu de l'Edit des meres, ces deniers étant confondus avec les autres meubles du fils, qu'en païs Coutumier. Que si le fils avoit accepté le legs avant son decés, ne l'ayant pas reçû neanmoins, il seroit encore meuble en sa succession ; bien entendu en l'une & l'autre espece que le fils soit mort en majorité : car s'il étoit decedé mineur, cela dépendroit de sçavoir ce qui luy auroit esté plus utile, ou d'accepter le legs, ou de demander sa legitime : car si la legitime luy étoit plus avantageuse, nonobstant le payement ou l'acceptation du legs, elle sera dûë en corps hereditaires, qui suivront la ligne dans sa succession, & le legs sera restitué. Que si le legs n'a esté, ni acquitté, ni accepté, comme la legitime du fils n'a pû estre diminuée par la disposition du pere, *L. quoniam in prioribus C. de in offic. test.* le legs tiendra lieu de la legitime, & sera propre à proportion de ce que le fils eût eu d'immeubles dans la succession, comme le prix d'un fief vendu aprés la mort du pere, tient lieu du fief, & se partage de même ; & cela à plus forte raison, puisque la legitime comprend une universalité de droits, & est une quotité de la succession ; ce qui fait que la subrogation y est plus naturelle, *L. si rem & pretium, sub finem ff. de petit. heredit.* & même les heritiers du fils ne seront point obligez, s'ils ne le veulent, de se tenir au legs. 78. Du legs d'une somme de deniers, fait par le pere au fils pour sa legitime.

Enfin, il arrive encore dans la succession des 79. *Quid*

si le prix de la vente de l'heritage du mineur est subrogé à l'heritage. mineurs, que le prix de la vente est subrogé à l'heritage, qui a esté vendu sans remploy pendant leur minorité, parce qu'il ne doit pas estre en la faculté d'un tuteur de changer le bien d'un mineur, ni d'affecter par ce moyen sa succession à qui bon luy semble; & que d'ailleurs la conversion de l'heritage ou de la rente en argent, quoique necessaire, seroit une alteration du patrimoine du mineur, si l'on ne donnoit aux deniers les qualitez de l'heritage, ou de la rente. Et cette subrogation a lieu pour faire reputer les deniers non seulement immobiliers; mais encore propres de la ligne dont étoit l'heritage ou la rente: donc si ces deniers se trouvent en nature lors de la mort du mineur, ils appartiennent aux heritiers ausquels l'heritage auroit appartenu: Que s'ils ne sont plus, ces heritiers s'en vengeront sur les effets mobiliers, où ces deniers se sont confondus, s'ils n'ont esté employez aux affaires du mineur, ausquelles les meubles estoient particulierement affectez: Que s'il n'y a point d'effets mobiliers, ou que ceux qui se trouvent, ne soient pas suffisans, ils doivent estre recompensez sur les autres biens.

☞ Que si c'est encore un autre mineur qui succede à ces deniers, dont le premier mineur avoit esté heritier, la fiction ne continuë pas en sa personne: parce que *fictiones semel tantum funguntur:* & quoiqu'il ait succedé à ces deniers comme heritier des propres, il les garde comme acquests: parce que la fiction qui les avoit rendus propres, a eu tout son effet: ce qui se peut appuyer de l'exemple du doüaire prefix, dont il est parlé en l'art. 259. de la Coutume de Paris, & de l'exemple de la somme réalisée, qui étant une fois acquittée par le pere à un tuteur étranger qui a esté créé à ses enfans, reprend sa nature de meubles, quoiqu'elle appartienne à des mineurs. Feu Maître du Plessis estoit d'avis contraire, comme il paroist en son Traité des Droits Incorporels, liv. 2. si les rentes sont meubles ou immeubles; & il y a même quelque Arrest contraire dans Maître Julien Brodeau sur Monsieur Loüet, lettre O. nomb. 5. art. 19. mais c'est proroger l'effet de la fiction audelà de son objet & de sa fin. Il faut dire en matiere de remplois, que le remploy qui est immeuble dans la succession de la mere decedée en minorité, devient meuble dans la succession du fils, quoique decedé aussi en minorité.]

Que si le tuteur a remployé les deniers procedans de la vente de l'heritage, alors l'heritage est encore subrogé, avec cette difference, que la subrogation des deniers non remployez cesse en la personne de l'heritier, qui les recueille au lieu de l'heritage, soit majeur ou mineur; mais que la subrogation du nouvel heritage, auquel les deniers ont esté remployez est perpetuelle, & fait un propre dans les successions suivantes: comme aussi l'heritier qui recueille les deniers non remployez, en peut disposer comme d'un meuble, parce que l'effet de la subrogation a cessé dés qu'il a reçû ces deniers: au lieu que dans l'autre cas, il ne peut disposer de l'heritage, auquel ces deniers ont esté remployez, que comme d'un propre.

Si par avis de parens l'on vend le fief appartenant au mineur, & que l'acheteur constituë sur luy une rente, supposé que le mineur meure en minorité, la rente se partagera dans sa succession de la même maniere que le fief auroit esté partagé, suivant l'art. 94. de la Coutume de Paris.

☞ Si le pere a acheté un heritage sous faculté de rachat, & decede laissant un fils, contre lequel on exerce le remeré: & que celuy-cy decede en minorité, c'est une question de sçavoir si les deniers qui sont entre les mains du tuteur sont meubles ou immeubles: car il semble que l'heritage ayant une disposition prochaine à estre converti en deniers, il faut supposer que le mineur, n'a succedé qu'à des deniers mobiliers, & qu'ainsi ces deniers appartiennent à son heritier mobilier; ce qui a même un préjugé du Parlement de Bretagne du 2. May 1619. rapporté par Frain, tom.1. pag. 245. D'autre part, on voit un heritage de succession en la personne d'un mineur, qui n'est racheté que durant sa minorité, quoique *ex antiqua causâ & inhærente contractui:* Pour moy je conclus que les deniers sont reputez propres: parce que la faculté de rachat n'empesche pas que l'acheteur ne se puisse dire & ne soit veritablement proprietaire; quoique sous une condition resolutoire, & revocablement, aussi le contrat n'est point revoqué en ce cas dés à present, comme deslors; & deslors, comme dés à present, & la vente subsiste jusques au remeré accompli, en quoy cette espece differe d'une restitution pour lezion d'outre moitié de juste prix. Aussi supposé que l'heritage eût esté un fief, quoique le remeré eût esté fait avant le partage, il y eût eu droit d'aînesse sur le prix. Maître Charles du Molin sur l'art. 11. de la Coutume de Paris, n. 31. à moins que la vente n'eût esté un simple contrat pignoratif, auquel cas il n'auroit esté dû que des deniers à la succession. Heurys en ses Annotations sur cet endroit de Frain, prétend que la Jurisprudence du Parlement de Bretagne a changé, quoiqu'il n'en cite pas d'Arrest dans le cas du remeré.

Si le pere laisse une maison pour tous biens, & qu'il ordonne par son testament que cette maison soit venduë aprés son decés, pour estre le prix en provenant partagé entre ses enfans par égales portions, & qu'il y ait des mineurs, dont l'un vienne à deceder aprés le pere; mais avant qu'on ait trouvé Marchand. C'est une question de sçavoir si la mere, ou les freres, succederont à la part que ce mineur avoit dans la maison. La mere dit que la maison est destinée pour estre venduë: & que cette destination a une execution necessaire: puisque c'est une disposition faite par un pere entre ses enfans: que l'execution d'un testament a un effet retroactif: ensorte qu'il est decidé dans le Droit que l'heritier ne confond point les droits qu'il avoit sur la chose leguée, ou qu'au moins il doit estre rétabli dans ses droits aprés la délivrance du legs, *L. in omnibus ff. de servitut.* C'est pourquoy il faut considerer cette maison comme n'ayant pas esté de la succession *ab intestat*, parce qu'elle devoit estre incessamment venduë.

Les freres disent au contraire que la disposition étoit un pur conseil, *nudum præceptum:* qu'ainsi la maison a dû estre partagée *ab intestat*, & que la mort du mineur étant arrivée, il est vray de dire qu'il a laissé une portion de maison, qui leur appartient par consequent. Cette question dépend de sçavoir s'il y avoit de l'obligation d'executer la disposition testamentaire: D'un côté c'est une disposition *inter liberos*, & un partage fait dans un testament: D'autre part, l'interest seul des mineurs semble faire obstacle à cette vente, puisque l'on ne permet pas au pere d'ordonner par son testament la vente des immeubles de ses enfans mineurs sans necessité, sans discussion & sans decret, Loüet lettre A. n. 5.

Pour moy j'estime que la faveur d'un partage *inter liberos*, le doit emporter sur la faveur par-

ticuliere d'un mineur: d'autant plus que le mineur n'a l'heritage de la main de la Loy dans la succession *ab intestat*, que quand le pere n'en a pas disposé, au lieu que dans l'espece des Arrests rapportez dans Monsieur Loüet, le testateur avoit présupposé que le mineur auroit son partage avant la vente qu'il ordonnoit de ses immeubles: aussi la même espece s'étant presentée, mais pour la ligne collaterale, & un testateur ayant ainsi ordonné que ses biens seroient vendus, pour estre le prix partagé entre ses heritiers collateraux, par Arrest du 23. Avril 1626. rapporté par du Fresne liv. 1. chap. 95. on ajugea à la mere sa part d'un des heritiers decedé mineur: Il est vray qu'en cette espece la vente avoit esté executée avant la mort du mineur.]

80. De l'accession, & si elle fait des propres dans le cas du bâtiment fait sur un propre.

Il a esté dit cy-dessus que le droit d'accroissement faisoit quelquefois des propres, il faut parler à present de certains droits, qui ressemblent assez à l'accroissement, qui sont le droit d'accession, & le droit de consolidation. L'accession est une union naturelle d'un corps avec un autre, comme du bâtiment avec la place, quelquefois neanmoins ce mot s'applique aux prescriptions, & signifie la conjonction des temps du possesseur & de son prédecesseur, comme en la Loy *De accessionibus 14. ff. de diverſ. temp. praescript.* mais nous le prenons icy dans le premier sens. Au contraire, la consolidation est une union civile d'une chose avec une autre, comme de l'arriere-fief avec le fief, il faut commencer par l'accession.

La question la plus triviale, mais la plus importante, qui se forme sur ce sujet, est de sçavoir, si ce qu'on bâtit sur ses propres, est reputé propre, & si cela étant reputé propre, il en est dû recompense à l'heritier des acquests? A l'égard de la premiere difficulté, il y a eu des Docteurs qui ont estimé précisément, que ce qui étoit bâtit sur un propre n'étoit point propre, Hotoman *de feud. lib. 2. cap. 28.* mais que neanmoins cela appartenoit à l'heritier des propres par la regle *Superficies cedit fundo, L. adeo §. cum iis ff. de acquir. rer. domin.* Mais j'estime

81. Resolution pour l'affirmative.

que l'accession produit une union réelle & actuelle, qui fait que la chose nouvellement ajoûtée, est de même nature & de même qualité, que celle à laquelle elle se vient d'unir, & qu'un bâtiment fait sur un propre, est censé propre, parce qu'il ne compose, avec le fond, qu'un même tout, & que l'accessoire, qui ne peut se separer, doit suivre la nature du principal. Aussi

82. Exemples tirez du Droit Romain.

en termes de droit, si quelqu'un avoit hypotequé une place en particulier, & y bâtissoit depuis, l'hypoteque avoit lieu sur la maison, suivant la Loy *domo 21. ff. pignor. act.* & la Loy *Paulus 29. §. 2. ff. pignor & hypot.* & si quelqu'un, aprés avoir legué par son testament une place laquelle n'étoit pas bâtie, vient à la bâtir dans la suite, la place & le bâtiment sont dûs au legataire, à moins que le testateur n'ait fait une declaration contraire, selon la disposition précise de la Loy *Servum filii 44. §. si area 4. de legat. 1.* Enfin, tous les Docteurs conviennent, que le bâtiment doit appartenir, en ce cas, à l'heritier des propres; mais la principale difficulté est de sçavoir, s'il en doit recompense à l'heritier des acquests.

Raisons pour l'affirmative.

83. Si en ce cas les heritiers des propres, doivent recompense à l'heritier des acquests.

Ceux qui soûtiennent l'affirmative, se fondent sur l'équité, & disent que les heritiers des acquests sont aussi favorables, que les heritiers des propres, & il y auroit de l'injustice qu'un bâtiment fait sur un propre, ayant peut-estre épuisé tout l'argent comptant d'un défunt, & consommé la meilleure partie de ce qui devoit faire la succession des meubles & acquests, l'heritier des propres en profite, sans en rien rembourser: qu'il est défini en Droit, que toutes les fois que la chose d'autruy est attirée par la mienne, il y a action de dol, si je ne recompense cet étranger de ce qui me vient par cette voye, c'est la disposition de la Loy *In rem 23. §. in omnibus 4. ff. de rei vindicat.* & c'est sur ce fondement que le mari retire les impenses qu'il a faites sur le fond dotal, & l'heritier institué les augmentations qu'il a faites sur l'heritage, qu'il est chargé de restituer: ce qui s'observe aussi dans nostre Droit. Enfin, ils alleguent l'article 139. de la Coutume de Paris, qui decide, que quand quelqu'un a retiré par retrait lignager un heritage de son côté & ligne, cet heritage n'appartient dans sa succession à l'heritier des propres, qu'à la charge de rembourser le prix du retrait dans l'an & jour à l'heritier des meubles & acquests.

Raisons pour la negative.

Nonobstant tout cela, j'estime que les heritiers des propres profitent du bâtiment, qui a esté fait sur l'heritage propre au défunt, sans estre tenus de rien rembourser à l'heritier des meubles & acquests: parce qu'il y a bien de la difference entre celuy qui bâtit sur un fond, qui luy appartient incommutablement, & lequel il n'est point obligé de restituer à personne; & celuy qui bâtit sur un fond d'autruy, ou sur un fond sujet à restitution. Le mari qui bâtit sur le fond dotal, n'est pas présumé vouloir donner: ni celuy qui bâtit sur le fond sujet à restitution: ni le pere qui bâtit sur le fond adventice de son fils, dont il a l'usufruit: ni l'emphyteote qui bâtit sur le fond qu'il doit restituer dans peu: c'est pourquoy ils repetent tous leurs impenses; mais le pere qui bâtit sur son fief, le testateur qui bâtit sur la chose qu'il a leguée par son testament, ne songe qu'à s'accommoder & à se profiter à luy-même, *Mol. §. 8. gl. 4. n. 4.* & ne profite à son aîné & à son legataire que *per consequentiam remotam*: de même celuy qui bâtit sur ses propres, ne dirige point son intention au profit des heritiers de ses propres: mais destine de se faire une habitation, ou d'augmenter son revenu: il ne songe pas à s'acquerir une action contre luy-même, qui dérive de sa personne aux heritiers de ses acquests; mais il dispose en maistre; il use de son bien comme bon luy semble, il applique ses acquests à l'augmentation de ses propres, parce qu'il les pourroit vendre & en disposer autrement à sa volonté: il pourroit perdre & dissiper son argent: il ne doit rien ni à son heritier des propres, ni à son heritier des acquests: il n'est point en societé avec eux; mais étant maistre absolu de tout son bien, il luy donne telle forme que bon luy semble, il convertit tout en acquests, s'il le veut; & au contraire, s'il veut augmenter ses propres par des bâtimens, il convertit de cettte maniere ses acquests en propres: & de même que s'il avoit vendu tous ses propres, & au lieu de cela, s'étoit fait des acquisitions, les heritiers des propres n'auroient pas sujet de demander le prix de ces propres à l'heritier des acquests: parce que du vivant de celuy dont ils sont heritiers, ils n'avoient pas non plus de societé entr'eux qui leur donne lieu d'intenter ces sortes d'ac-

tions aprés sa mort ; aussi l'heritier des acquests n'a rien à demander à cet égard aux heritiers des propres. Et en cela même la condition de l'heritier des acquests est bien plus avantageuse : car il est bien plus aisé & plus ordinaire de vendre tous ses propres, & les convertir en acquests; que de mettre tous ses acquests sur ses propres: car il n'y a gueres que les bâtimens qui convertissent les meubles & acquests en propres : & tout autre accessoire, qui se peut separer du propre, comme si à une maison qui est propre, l'on y joint des heritages qui sont d'acquest, ou s'en separe, & appartient à l'heritier des acquests, ou produit sa recompense & son remboursement, en cas que l'on ne veüille pas separer.

Il y a même des especes, où celuy qui bâtit sur la chose sujette à restitution, ne laisse aucune action de recompense à aucun de ses heritiers ni de ses creanciers; par exemple, si un pere a bâti sur le fond sujet au doüaire de sa femme & de ses enfans : de même si un beneficier a bâti sur son benefice.

Que si l'on oppose des raisons d'équité pour soûtenir le parti de l'heritier des acquests, il faut dire que la faveur de l'égalité entre les heritiers de divers genres de biens, qui même à proprement parler, ne sont pas coheritiers, laquelle ne peut jamais consister qu'à leur laisser ce qui leur appartient, eu égard à l'état des biens au temps du decés, n'interdit pas ceux dont ils sont heritiers, & ne les empesche pas de disposer entre-vifs, ni de convertir leurs biens d'une nature en une autre, selon la necessité de leurs affaires, & que nous sommes obligez de souffrir des choses qui paroissent bien plus extraordinaires, pour laisser aux hommes la libre disposition de leurs biens: comme lorsqu'un fils ayant esté heritier de son pere & de sa mere, & venant à deceder sans enfans, ses heritiers du côté maternel, duquel côté il n'y a point de dettes passives, sont obligez neanmoins de contribuer au payement des dettes, avec les heritiers paternels, du côté desquels toutes les dettes procedent : & lorsqu'en ce cas là même, l'on juge que le fils a perdu ses actions de remploy, & les a confuses en sa personne par la facilité qu'il a euë de se porter heritier de son pere : Or des heritiers maternels n'auroient-ils pas, en ce cas, le même sujet de se plaindre ? & cependant on ne les écouteroit pas, parce qu'on est bien aise de laisser aux hommes la liberté de disposer de leurs affaires à leur gré, & de se charger des dettes d'autruy par des additions d'heredité, au détriment de tels de leurs heritiers qu'il appartiendra, & la separation des biens & des patrimoines ne s'accorde point aux heritiers; mais aux creanciers d'un deffunt contre ceux de l'heritier.

Enfin, n'admettons-nous pas quelque chose d'aussi extraordinaire, lorsque nous jugeons que non-seulement l'acceptation de la communauté, faite par la veuve, engage ses heritiers immobiliers, qui n'en peuvent jamais profiter, au payement des dettes de la communauté, même de celles où elle n'avoit point parlé, & cela jusqu'à concurrence de ce dont toute la succession profite de la communauté, & que la contribution se fait à proportion de l'émolument dans la succession; mais même, que l'acceptation faite par les heritiers mobiliers, engage les heritiers immobiliers à la même chose, & qu'enfin un pere heritier mobilier de son fils, engage aussi quelquefois luy-même, dans les dettes de sa communauté, les heritiers immobiliers de son fils, lorsque l'on juge que cette acceptation de la communauté eût esté avantageuse à son fils.

En tous ces cas, les heritiers immobiliers souffrent un préjudice considerable, quelquefois par la destination & la conduite de celuy dont ils sont heritiers, d'autres fois par le fait de leurs coheritiers même : & par ces moyens souvent une ligne porte les pechez & les dettes d'une autre ligne : & neanmoins en tout cela, nos Reformateurs de Coutumes ont eu leurs raisons, & ont crû que c'estoit beaucoup gagner, que d'essuyer de moindres inconveniens, pour en éviter de plus grands.

Que dire à present de ce que l'on juge tous les jours, que le prix d'un fief, qui n'est presque composé que d'un Château & de quelques dépendances, se trouvant dû lors du decés du pere, qui en a fait l'acquisition, l'aîné qui profite seul de cette acquisition, ne paye pas plus de dettes que ses freres & sœurs qui n'en profitent point ?

L'on pourroit citer plusieurs autres exemples, où des heritiers souffrent des inégalitez considerables, ausquelles on n'a pas voulu apporter de remede, pour ne pas donner atteinte à la disposition generale de la Loy, & qui serviroient à montrer, que dans l'espece proposée, les heritiers des acquests ont bien moins sujet de se plaindre, d'autant plus que dans un cas contraire, & qui arrive tres-souvent, ils pouvoient profiter des propres, au cas que le deffunt les eût alienez pour faire des acquisitions.

En un mot, l'on partage les successions comme elles se trouvent: si les propres ont augmenté par des bâtimens, les heritiers des propres en profitent : & s'ils ont esté vendus, comme cela arrive tres-souvent, & qu'au lieu de ces propres, le deffunt ait fait des acquisitions, les heritiers des acquests s'en trouvent bien, & l'on ne remonte point plus loin. De même, que quand les propres de la femme ont esté alienez sans son consentement même, l'action de remploy appartient à ses heritiers mobiliers, quoique si ces propres eussent esté en nature, ils eussent appartenu à ses heritiers immobiliers.

Enfin, l'art. 139. de la Coutume de Paris, est une exception qui confirme la regle : on a jugé à propos de dire, que quand quelqu'un a retiré par retrait lignager un propre de sa famille, ce propre ainsi retiré n'appartient en sa succession aux heritiers des propres de la même ligne, qu'à la charge de rembourser le prix du retrait aux heritiers des meubles & acquests, parce que l'on a estimé que suivant Maître Charles du Molin, le retrayant estoit, en ce cas, un veritable acquereur, estant subrogé au lieu & place de l'acquereur : *Consuetudo retractus proximitatis, est translatoria, & transfert emptionem in retrahentem*, & que quoiqu'il entre dans son action de retrait quelque prédilection pour l'heritage de sa famille, il y entre encore plus de dessein de commercer, & de profiter du bon marché qu'il s'imagine dans la vente ; que d'ailleurs il acquiert un heritage auquel il n'avoit rien auparavant : qu'enfin, il fait tout cela volontairement, & sans aucune necessité : Or toutes ces raisons n'ont point d'application au cas dont il s'agit, de l'accession qui se fait du bâtiment sur le fond, & de l'union naturelle du fond avec la superficie. Et pour montrer même que l'on n'a pas entendu que cette décision de l'art. 139. de la Coutume de Paris, dût estre appliquée à d'autres matieres, c'est qu'on ne l'applique pas en d'autres cas de la même matiere, pour laquelle

on nous l'a donnée : car, par exemple, s'il arrive que cet heritier des propres vienne à deceder sans enfans, quoiqu'il ait esté obligé pour profiter de ce propre, ainsi retiré, d'en rembourser le prix aux heritiers des acquests, & qu'ainsi il l'ait veritablement acheté ; neanmoins son heritier des propres y succedera sans faire un pareil remboursement à l'heritier des acquests: ce qui justifie que l'on a reglé le cas de l'art. 139. comme un cas extraordinaire, dont la décision ne se pourroit appliquer à aucune autre espece. Il y a quelques préjugez conformes à nôtre opinion dans Constant sur la Coutume de Poitou, & dans Vrevin sur celle de Chauny. Mais il faut croire que cette question ne sera plus agitée aprés le Reglement du Mardi de relevée 3. Aoust 1688. prononcé par Monsieur le President de Bailleul, sur la requisition de Monsieur l'Avocat General de Lamoignon, par lequel il a esté dit en pareil cas, que le bâtiment seroit partagé comme propre, sans que les heritiers des propres fussent tenus d'en donner aucune recompense, & que l'Arrest seroit publié.

☞ De même, si quelqu'un rachete une rente fonciere qui estoit imposée sur son propre, ses heritiers qui succederont à ce propre ne devront aucune recompense aux heritiers des acquests: parce que ce rachat est l'amortissement & l'extinction d'une servitude, plûtost qu'un acquest.]

Des annexes d'une Terre. Les nouveaux acquests que l'on joint à une Terre pour l'augmenter, & qui s'appellent *annexes*, ne font pas une veritable accession, l'union n'en est pas réelle, comme celle du bâtiment aux fonds, & l'annexe qu'on en fait, induit seulement, qu'ils sont des appartenances & dépendances de la Terre, & sont censez compris dans la saisie réelle de la Terre, principalement lorsqu'ils sont exploitez depuis dix ans avec la Terre, suivant la glose & les Docteurs sur la Loy *Cum de in rem verso*, sur ces mots *longo scilicet decennio ff. de usur.* mais ne les rend pas propres comme la Terre, & s'ils son en roture, elle n'en fait pas des fiefs. Ce qui se trouve ainsi decidé par l'article 441. de la Coutume d'Anjou.

84. De l'alluvion, & si elle fait des propres. A l'égard de l'alluvion, qui est un accroissement imperceptible d'un heritage, auquel le fleuve ajoûte quelque chose, elle unit tellement ce qui accroist au corps de l'heritage, selon du Molin, sur l'art. 1. de la Coutume de Paris, *gl. 5. in verb.* le fief, *n. 115.* & Tiraqueau sur la fin du titre du retr. convent. nomb. 92. que j'estime avec les mêmes Auteurs, que ce qui accroist reçoit les mêmes qualitez, & que si l'heritage estoit propre, ce qui accroist devient aussi propre. Mais si une riviere changeant son cours ordinaire, laisse une isle, qui appartienne au Proprietaire de la plus prochaine rive, l'on peut douter qu'il se fasse une telle union de cette isle, avec cet heritage, qu'elle en prenne les qualitez, & qu'elle devienne propre, si l'heritage estoit propre : & j'estime au contraire, que cette aubeine fait un pur acquest, parce qu'à proprement parler, cette isle n'est point unie à cet heritage, & bien souvent même elle appartient à plusieurs voisins, & se partage entr'eux à proportion de ce qu'ils possedent sur le bord du fleuve. Il faut dire le même au cas que le mouvement impetueux du fleuve ajoûte quelque nouvelle portion de terre à un heritage.

85. De la consolidation, & si elle fait des propres. Il faut parler à present de la consolidation, & sous ce mot on ne doit comprendre que la réünion de deux choses, qui faisoient un même tout. Ainsi à proprement parler, ce qui vient au Seigneur Haut-Justicier à titre de confiscation, ou autrement, n'est pas la matiere d'une consolidation : car le Seigneur n'est point bailleur du fond, mais a un simple droit de Jurisdiction, qui n'a rien de commun avec le fief & la Seigneurie directe. Aussi il est sans difficulté, que ce qui appartient à un Seigneur Haut-Justicier à titre de confiscation, luy est acquest, entre en sa communauté, & regarde l'heritier de ses meubles & acquests, selon Monsieur du Val, Traité 13. p. 176. Il en est de même des espaves, des aubeines, des desherences, & du droit de bâtardise, & generalement de tout ce qui procede du droit de Haute-Justice : & la raison est, que tout ce qui luy vient à ces titres, n'a jamais esté démembré de sa Justice. Aussi Maître Charles du Molin, sur l'art. 31. de la Coutume de Paris, nomb. 183. conclut que toutes les obventions de la Justice sont acquests, & que dans la succession du Baron elles appartiennent à l'heritier des acquests, qu'il en peut disposer sans reserve, & que s'il en dispose par vente, elles ne sont point sujettes à retrait, qu'enfin étant arrivées pendant le mariage, elles ne sont point sujettes au doüaire. Il faut examiner s'il en est de même de la réünion & consolidation, qui se fait quelquefois du fief servant au fief dominant ; ou si elle fait un propre lorsque le fief dominant est propre au Seigneur Suzerain, & pour cela il faut distinguer les manieres dont cette réünion se peut faire. 86. Si la réünion du fief servât, au fief dominant, fait un propre.

Premierement, cette réünion se peut faire par l'acquisition, que le Seigneur dominant peut faire du fief servant. 2. Par la voye du retrait feodal. 3. Par la commise. 4. Par l'expiration de l'infeodation. Si la réünion se fait par l'un des trois premiers moyens, l'arriere-fief acquis, retiré, ou commis, est acquest, & appartient dans la succession du Seigneur, à l'heritier des meubles & acquests : quoiqu'en cas de retrait feodal ou de commise, il soit propre de communauté ; mais si l'arriere-fief est réuni, parceque le temps pour lequel l'infeodation avoit esté faite est expiré, il suit la nature du fief dominant, & est propre au Seigneur, si le fief dominant luy estoit propre.

Pour établir ces distinctions, il faut observer que l'on juge plus aisément une chose propre à l'égard de la communauté, qu'à l'égard de la succession : parce que la communauté étant de droit étroit, & exorbitante du droit commun, l'on n'y fait entrer que ce qui est précisément stipulé, ou ordonné par la Coutume : c'est pourquoy pour le peu qu'un immeuble, qui arrive à l'un des conjoints pendant la communauté, ait son fondement sur un droit anterieur au mariage, il est reputé propre de communauté. Aussi l'on voit en general qu'au lieu qu'un immeuble n'est propre de succession que lorsqu'il est venu par succession, ou par donation en ligne directe; les acquests faits avant le mariage sont propres de communauté. L'on voit de même qu'une soulte de partage qui est toûjours meuble dans les successions, est propre de communauté quand le partage est fait pendant le mariage, & qu'il tient lieu d'immeubles, & cela de crainte de l'avantage indirect. Et sur ce fondement je dis, que ce qui vient par la voye du retrait feodal, ou par la voye de la commise, est acquest, & non propre de succession : encore même que le fief dominant soit un propre ancien dans la famille ; & que neanmoins c'est un propre de communauté ; & la raison pour laquelle c'est un acquest, & non un propre de succession, c'est que les fiefs étant patri-

moniaux parmi nous, & le fief ayant esté le patrimoine du vassal dont il avoit la proprieté pleine & incommutable avant la commise, ou le retrait feodal, le Seigneur n'en a depuis profité que par l'effet d'une nouvelle cause, qui est survenuë, c'est à dire, ou du délit qui a donné lieu à la commise, ou de la vente qui a donné lieu au retrait feodal, & cela ne luy est point venu directement & immediatement, & par la seule vertu de la clause apposée dans le contrat d'infeodation: A plus forte raison si le Seigneur n'a fait qu'acheter purement & simplement l'arriere-fief dépendant de luy, pour le réünir à son fief dominant. Mais il n'en est pas de même à l'égard de la communauté, car il suffit que la commise & le retrait soient fondez originairement sur le titre d'infeodation, qui étoit un droit acquis avant le mariage du Seigneur Suzerain, pour faire qu'ils soient propres de communauté.

Au contraire le fief servant se réünissant au fief dominant, par l'expiration du temps prescrit dans le titre d'infeodation, il retourne au Seigneur Suzerain, *ex antiqua & primeva causa*, & le titre d'infeodation est la cause précise & immediate de ce retour: ensorte que comme c'est une clause imposée dans l'alienation du fond, & dans la constitution même de l'arriere-fief, & qu'il est de la nature d'une reserve fonciere de faire partie de l'heritage, on peut dire, que la fin & l'expiration de l'infeodation, & est un droit précis & immediat du fief dominant, & en fait partie: d'autant plus qu'elle arrive sans le fait de l'homme, sans qu'il intervienne aucun nouvel acte, enfin, naturellement & de plein droit. Ainsi ce droit suit la nature du fief dominant, & l'arriere-fief est propre au Seigneur Suzerain, si le fief dominant, dont il fait alors partie, luy est propre. Car il faut encore observer, que ce retour n'est pas un fruit ni une obvention, comme le retrait & comme la commise, & que l'arriere-fief n'estant donné que pour cent ans, ou pour une ou deux vies, il finit de luy-même, & non point par l'effet d'une cause lucrative, & c'est la doctrine de Maître Charles du Molin, sur l'art. 31. de la Coutume de Paris, & de Monsieur d'Argentré, sur l'art. 418. gl. 2. nomb. 13. & 14. Et nous avons encore dans nostre Jurisprudence une autre preuve de la difference qu'il y a entre ce retour, qui se fait par l'expiration de l'infeodation; & la réünion qui arrive dans le retrait feodal, ou dans la commise: car quelque possesseur que ce soit du fief dominant, qui soit chargé de restitution, & du temps duquel ce retour naturel du fief servant se doit faire, il sera obligé de restituer le fief servant avec le fief dominant: comme si c'est un acheteur sous faculté de rachat, ou un heritier beneficiaire, & que l'un ou l'autre soit évincé par le vendeur, ou par l'heritier pur & simple: au lieu que si l'un ou l'autre exerce un retrait feodal pendant sa possession, ou s'il arrive de son temps une commise, il ne sera pas obligé de restituer le fief servant: parce qu'il est presumé avoir exercé le retrait feodal, ou avoir usé de la commise à son profit; & non du fief dominant, dont il n'estoit pas proprietaire incommutable: Au lieu que le retour de l'arriere-fief qui vient par l'expiration du temps, se fait toûjours au profit de la chose, c'est à dire, au profit du fief dominant.

87. Si la remise de la confiscation fait des propres.

Il reste de dire un mot de la remise de la confiscation, & d'examiner si elle fait toûjours des acquests, ou si elle laisse les biens en l'état qu'ils estoient avant que la confiscation eût eu lieu, acquests, ou propres, suivant ce qu'ils estoient auparavant? Et j'estime que la remise de la confiscation qui est accordée aux enfans, laisse toûjours les biens en l'état qu'ils estoient, soit que les Lettres soient par forme de don, soit qu'elles soient par forme de remise, ou de desistement du droit acquis, soit qu'elles soient accordées par une bonté generale, ou qu'elles soient données au merite ou aux services des enfans, & qu'au contraire la remise qui est faite au profit des heritiers collateraux du condamné, fait indistinctement des acquests.

La raison de cette distinction entre la ligne directe & la ligne collaterale, est que de tout temps les enfans ont eu quelque part sur les biens confisquez de leur pere, comme il paroist par la Loy *Quando quis 10. C. de bon proscript.* Ainsi dans le temps même que la confiscation avoit lieu dans le Droit Romain, les enfans estoient heritiers d'une moitié des biens, nonobstant la confiscation, ce qui fait qu'à present que quelques Coutumes ont établi le droit de confiscation, la remise de ce droit est une espece de retour au droit commun, & laisse les enfans heritiers de leurs peres. Aussi est-il manifeste, que quoique le dernier droit abolissant la confiscation pour les crimes ordinaires, ait appellé même les collateraux à la succession; neanmoins ce changement s'est fait principalement en faveur des enfans, ce qui est assez marqué dans la Novelle 134. chap. dernier, & dans l'Authentique *Bona C. de bon. proscript.* où il dit, que la confiscation n'est remise aux heritiers collateraux, que jusqu'au troisiéme degré.

La seconde raison qui est le fondement de la premiere, est que les enfans ayant du vivant même de leur pere un droit anticipé sur ses biens, & leur succession n'estant, à proprement parler, qu'une continuation de possession, leur droit prévient le crime & la grace: ensorte que la grace n'est qu'une remise, *L. cum ratio ff. de bon. damnat.* Mais quand la confiscation est accordée aux collateraux, dautant qu'ils n'ont point de droit anticipé sur la succession, c'est une veritable donation, qui fait un acquest en leurs personnes.

Enfin, l'on peut comparer, en ce cas, les enfans à la femme & aux creanciers, aux droits desquels la confiscation ne donna jamais aucune atteinte, suivant la Loy 2. *C. ne uxor pro marito*, la Loy *Marito 31. ff. solut. matrim.* la Loy 1. *C. pœnis fiscal. cred. praef.* C'est pourquoi si les enfans viennent à vendre ces heritages, aprés cette remise qui leur a esté faite, j'estime qu'ils sont sujets au retrait, comme aussi que les fiefs qui font partie de cette remise, se doivent partager entr'eux avec un droit d'aînesse, & la femme du fils aura son doüaire sur ces mêmes biens, quoique la remise ait esté faite pendant son mariage.

Aussi tous nos Docteurs ont esté de cet avis, à l'égard de la ligne directe, comme Maître Charles du Molin, sur l'article 30. de la Coutume de Paris, qu. 28. au sujet de la remise de la commise: & à l'égard de celle de la confiscation, il avoit esté bien plus avant: car il avoit crû, sur l'article 23. de la Coutume de Sens, que les propres ne devoient pas estre compris dans la confiscation. Maître René Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 1. chap. 4. nomb. 14. Monsieur Tiraqueau, du retrait lignager, §. 32. nomb. 29. Enfin les Arrests ont établi nôtre distinction, ils sont communs dans les livres: il y a l'Arrest de Spifame du 26. Janvier 1556. rapporté par Maître René Chopin, sur la Coutume de Paris, livre 2. tit. 3. nomb. 17. & par Charondas, liv. 5. resp. 4. lequel juge, que la remise

remise de la confiscation accordée aux enfans, fait des propres en leurs personnes, à l'égard des immeubles, & déboute la mere qui les avoit prétendus dans leur succession en qualité d'acquest, de ses demandes & conclusions. Au contraire l'Arrest de Vatan du 15. Juin 1640. qui est dans le Journal des Audiences, liv. 3. chap. 31. juge, que le Roy ayant remis la confiscation du sieur Florimond de Vatan à la Dame sa sœur, les biens avoient esté faits des acquests en sa personne. L'on cite encore sur cette matiere l'Arrest de Canillac, du 6. Septembre 1673. Mais il faut convenir, qu'il y avoit des circonstances particulieres, la confiscation ayant esté donnée au sieur de la Motte de Bretillac, qui n'estoit point heritier présomptif, & lequel aprés avoir joüi, pendant huit mois, des biens confisquez, les avoit remis à la Damoiselle de Canillac, fille du condamné, laquelle ayant fait un legs universel, l'on jugea que les biens confisquez en faisoient partie. Il faut bien qu'il y ait eu quelque circonstance, à peu prés semblable, dans l'espece de l'Arrest d'Heucour, du Lundy 29. Janvier 1691. & que la Cour s'arresta aux termes des Lettres de dons accordées à la mere, & non aux enfans, quoiqu'en cela même modifiées par l'Arrest de verification, & expliquées depuis par de secondes Lettres en faveur des enfans : car sans cet objet, des biens confisquez & remis par le Roy, n'auroient pas esté declarez acquests en la personne des enfans, contre l'ancienne Jurisprudence, autorisée par tant de raisons. Voilà ce que l'on rapporte ordinairement de préjugez sur ce sujet. Sur tout il faut éviter certaine distinction, que des modernes ont trouvée, disant qu'en directe même, la remise de la confiscation peut faire un acquest, quand elle est faite précisément en faveur de l'heritier, ou sur des recommandations qu'il a eües auprés du Prince. Car on détruit par cette distinction la regle, qu'on a établie auparavant, ces sortes de remises ne s'obtenant jamais que par quelque faveur & recommandation particuliere. Il faut mettre cette distinction avec une ancienne opinion qui s'est abolie par un usage contraire, & qui alloit à dire, que quoique regulierement les dons faits par tout autre, qu'un ascendant, entrent dans la communauté du conjoint donataire ; les dons du Prince en sont exceptez. Les liberalitez du Prince ne sont jamais plus recommandables, que quand par sa grace, il ne change point l'ordre naturelle des choses, ni le droit commun. Aussi la Jurisprudence du Conseil ne souffre pas que le Fermier du Domaine prenne son tiers sur les remises de confiscation faites aux enfans, & que le Publicain se méle parmi des noms si sacrez. Ce sont les termes de Pline second, qui dans le Panegyrique de Trajan explique, que Nerva ne voulut pas que le vingtiéme, que le fisc avoit coutume de prendre sur les successions, que les étrangers, mêmes naturalisez, pouvoient recueillir, eût lieu dans les successions des enfans aux meres, ou dans celles des meres aux enfans, *ratus*, dit Pline, *improbè & insolenter ac penè impiè, his nominibus inseri publicanum.*

Il reste de dire un mot d'une espece de biens assez bizarre, qui sont nos Offices, laquelle est tres-frequente, & compose aujourd'huy une bonne partie du patrimoine de toutes les familles, le labeur du Marchand, l'évertument du Palais, & l'essor du financier, tendant également à faire un Officier, grand ou petit, tellement que nous pouvons dire avec Petrone : *Nostra civitas tam frequentibus plenâ est numinibus, ut facilius Deum quam hominem invenias.* Et il est constant, que les Offices qui varient fort d'ailleurs, je parle des Offices de Finance & de Judicature, & non des domaniaux, & sont tantost meubles & tantost immeubles, sont immeubles dans les successions, & sont susceptibles de la qualité des propres, quoique l'Officier tire son droit des Provisions du Roy : ce qui s'est établi favorablement pour le bien des familles : ☞ Les Arrests en sont rapportez par Maistre Jean Marie Ricard en son Traité des Donat. part. 3. chap. 10. sect. 1. n. 1426.] Ainsi l'on suit, à l'égard des Offices, comme des autres immeubles, la regle *paterna paternis*, le double lien n'a point lieu à l'égard des mêmes Offices, quand ils sont propres. Enfin, au même cas l'on n'en peut disposer que du quint. Ils sont aussi propres de communauté ; mais ils ne sont propres, pour le doüaire, que subsidiairement & au défaut d'autres biens. Voyez au liv. 3. le chap. des Rapports. 88. Des Offices : Renvoy. V. la 19. de la 4.

La licitation d'un immeuble de la succession fait aussi un propre en la personne de l'heritier adjudicataire, c'est à dire, que non seulement la part qu'il avoit avant la succession, luy demeure propre ; mais celle qu'il acquiert par la licitation, soit que l'on ait admis des étrangers à la licitation, soit qu'elle se soit faite entre les coheritiers seulement, ce qui est traité livre 4. chap. des Partages. 89. De la licitation : Renvoy.

SECTION II.

De diverses Coutumes sur le partage des Propres.

SOMMAIRE.

1. *Si en Droit le frere uterin exclut le consanguin dans la succession des biens maternels.*
2. *Qu'il est difficile d'adherer à l'opinion commune sur l'explication de la Loy* De emancipatis.
3. *Opinion de Fachineus.*
4. *Resolution contre la glose d'Accurse. Premiere raison tirée de la destination de cette Loy.*
5. *Raison tirée de ce que la Loy ne parle pas du frere consanguin.*
6. *Qu'en tout cas la Loy* De emancipatis *seroit abolie par la Novelle 118.*
7. *Arrests.*
8. *Origine de nôtre regle* paterna paternis.
9. *Si l'on doit suppléer à cette regle dans les Coutumes qui n'en font aucune mention.*
10. *Coutumes qui établissent cette regle ; mais sans parler de coté, d'estoc & de souche.*
11. *Des Coutumes qui veulent que l'on soit du tronc commun, pour pouvoir succeder aux propres.*
12. *Des Coutumes qui demandent que l'on soit du côté & ligne.*
13. *Des Coutumes souchetes.*
14. *Coutumes où les meubles souchent, & estoquent au premier degré.*

IL y a plusieurs sortes de dispositions touchant le partage des propres : & premierement, dans le pays de Droit écrit : tous les biens d'un deffunt ne composent qu'un seul & unique patrimoine, dans lequel on ne distingue point les biens qui procedent du pere, ou du côté du pere ; d'avec ceux qui viennent du côté de la mere, selon le texte vulgaire de la Loy *Jurisperitos §. cum oriundus ff. de excusat. tut.* qui dit, *jure communi duo unius patrimonia esse non possunt*, la Loy *Sed si pluris §. filio ff. de vulg.* la Loy *Cum filius §. lucro de legat. 2.* De plus, on ne distingue pas même dans le Droit l'acquest d'avec le propre. Ainsi tout le bien d'un deffunt appartient à son plus proche heritier, sans distinction de l'acquest, ou du propre, de ce qui luy est venu du côté de son pere, ou de sa mere : Si ce n'est dans la succession des freres, pour laquelle on prétend qu'il est établi que si quelqu'un decede sans enfans & sans freres germains, son frere consanguin est preferé dans les biens paternels, & son frere uterin dans les biens maternels, selon la Loy *De emancipatis C. de legit. hered.* où il est dit, *exceptis maternis rebus, in quibus si ex eadem matre fratres vel sorores sint, eos solos vocari oportet*, & selon l'opinion de la glose sur l'Authentique *Itaque C. communia de success.* Quoiqu'à vray dire on a de la peine à comprendre, que le Droit prefere les freres des deux côtez, à ceux qui ne sont que d'un côté pour toute sorte de biens, & qu'en consequence un frere germain excluë un frere consanguin, à l'égard même des biens qui viennent du côté du pere, comme il est decidé dans l'Authentique *Cessante*, & dans l'Authentique *post fratres C. de legit. hered.* & comme tous les Docteurs sont obligez d'avoüer, & principalement Monsieur Cujas, sur le titre du Code *de legitim. heredib.* & que cependant le frere consanguin excluë le frere uterin dans les biens du pere. Car si on a égard à la ligne dont les biens procedent, pourquoy le frere consanguin, qui est de la ligne du pere, est-il exclus des biens qui viennent de ce côté-là, par le frere germain, qui ne differe d'avec luy, que parce qu'il touche au défunt du côté maternel, dont les biens ne procedent pas ? Et pourquoy est-il même exclus par les enfans de ce frere germain ? Et si l'on n'a pas d'égard à la ligne, pourquoy le frere consanguin & le frere uterin, ne succedent-ils pas ensemble aux biens de l'un & de l'autre ligne ? Et c'est ce qui a esté plus prudemment établi par quelques-unes de nos Coutumes, comme celle de Peronne, article 190. qui attachant les propres à leur ligne, établit en même temps, que le côté & ligne suffit pour succeder aux propres, sans qu'il soit besoin du double lien.

1. Si en Droit le frere uterin exclut le consanguin dans la succession des biens maternels.

2. Qu'il est difficile d'adherer à l'opinion commune, sur l'explication de la Loy *De emancipatis.*

3. Opinion de Fachineus.

Aussi Fachineus *Controv. lib. 6. cap. 5.* est d'avis qu'il les faut admettre concurremment à toutes sortes de biens, & il se fonde sur le texte de la Novelle *de hered. ab int. ven. §. si igitur*, qui dit, *his autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem*, ce qui semble les appeller concurremment à toute sorte de biens, & il répond à l'objection qui resulte de la Loy *De emancipatis C. de legit. hered.* en disant que sous ces mots, *si ex eadem matre fratres vel sorores*, l'on entend les freres, qui sont aussi du côté du pere, en un mot les freres germains. Enfin, il dit que ces termes ne pouvoient pas même estre appliquez au frere uterin, lorsque cette Loy *De emancipatis* a esté faite, parce qu'alors les freres uterins n'estoient pas encore appellez à la succession, & ils ne l'ont esté que par la Loy *Meminimus, §. sed nec fratrem*, du même titre, *de legit. hered.* laquelle est posterieure à la Loy *De emancipatis* ; parce qu'elle est de Justinien Consul pour la quatriéme fois avec Paulin ; au lieu que la Loy *De emancipatis*, est à la verité du même Empereur ; mais est dattée de la seconde année du Consulat de Lampadius, & d'Orestes. D'où il suit que la Loy *De emancipatis*, ne pouvoit pas donner l'exclusion en faveur du frere uterin, lequel, bien loin de pouvoir exclure, n'estoit pas alors admis à la succession.

Cette impossibilité & la raison qui a esté cy-dessus alleguée, me persuadent que la Loy *De emancipatis*, n'a pas établi cette exclusion, & cette distinction des lignes & des biens, d'ailleurs du tout contraire à l'esprit du Droit Romain. Et en effet, si l'on examine de prés le texte de la Loy *De emancipatis*, & si on le prend en son entier, il sera aisé de se determiner pour ce parti : car toute cette Loy ne concerne que les droits des parens sur la succession des enfans émancipez, & n'est point faite pour regler l'ordre general des successions ; mais seulement pour égaler les successions des enfans émancipez aux autres successions : Or il n'y a gueres d'apparence qu'au milieu de ces dispositions, par lesquelles l'Empereur declare que la succession des enfans émancipez suit le droit commun ; il eût voulu decider cette question dont il ne s'agissoit pas, & qui estoit étrangere à la matiere, & rendre en même temps le frere uterin capable de succeder & d'exclure le consanguin de la succession des biens maternels : Aussi le mot de *frere uterin* n'est point employé dans la Loy, & il est seulement du sommaire de Salycet, & du Commentaire d'Accurse, la Loy appelle le pere à l'usufruit des biens de l'émancipé, & les freres germains & consanguins à la proprieté ; en sorte neanmoins qu'en concurrence, les germains soient preferez aux consanguins.

4. Resolution contre la glose d'Accurse. Premiere raison tirée de la destination de cette Loy.

En second lieu, si la Loy eût voulu distinguer la ligne des biens, & ajuger les biens maternels en la succession du frere, au frere uterin, non seulement, comme il a esté dit cy-dessus, elle n'auroit pas preferé le frere germain, au frere uterin dans les biens maternels ; mais il faut au moins demeurer d'accord, qu'en définissant que le frere uterin seroit preferé dans les biens maternels, elle auroit ajoûté, que le frere consanguin seroit pareillement preferé dans les biens paternels, & il n'entrera jamais en pensée de qui que ce soit, qu'une Loy, qui eût voulu, par un droit nouveau, établir la distinction des lignes, se fût contentée de dire que le frere uterin seroit preferé dans les biens maternels, sans dire, & le consanguin dans les paternels. Ce qui prouve invinciblement, que la Loy *De emancipatis*, n'a point voulu établir ces distinctions, & qu'en parlant du frere de la même mere, elle a présupposé qu'il estoit aussi du même pere.

5. Raisons tirées de ce que la Loy ne parle pas du frere consanguin.

La Loy *De emancipatis C. de legit. hered.* estant ainsi expliquée, l'opinion contraire demeure sans fondement : car la Novelle 84. ne favorise point ce parti, & au contraire la Novelle 118. qui est le dernier Droit, & abolit en sa Preface toutes les Loix precedentes, au chap. 3. appelle indistinctement, aprés les freres germains, ceux d'un seul côté, *in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem* ; & c'est pour cela qu'entre ceux qui croyent que la Loy *De emancipatis*, a distingué les lignes en-

6. Qu'en tout cas la Loy *De emancipatis*, seroit abolie par la Novelle 118.

tre freres, & a preferé les uterins pour les biens maternels, plusieurs estiment que la Novelle 118. l'a revoquée, & entr'autres Monsieur Cujas, Novelle 118. Hotoman Conf. 23. Henrys, liv. 6. chap. 1. qu. 4.

7. Arrests. Enfin, la Jurisprudence des Arrests a confirmé nôtre opinion, & Automne sur l'Authentique *defuncto C. ad Senatusc. Tertyll.* porte témoignage qu'elle est suivie par le Parlement de Bordeaux, quoiqu'il faut ajoûter, qu'il y a de tres fameux Docteurs qui s'en éloignent, comme Monsieur Cujas, sur la Novelle 84. Grassus *§. de successf. ab intest. qu. 32.* Monsieur du Val tit. 6. nomb. 3. ou 4. & quelques-uns même taxent Automne de n'estre pas bien instruit de l'usage.

Il faut aussi remarquer, que ceux même qui prétendent que la Loy *De emancipatis C. de legit. hered.* donne la preference au frere uterin dans les biens maternels, qui se trouvent en la succession d'un frere commun, sur un frere consanguin, & au frere consanguin dans les biens paternels, sur le frere uterin, reconnoissent que cette distinction des lignes, ne passe pas la personne des freres. Voyez Monsieur du Val au lieu préallegué, & c'est ce qui a esté jugé par un Arrest donné aux grands Jours de Clermont le 17. Septembre 1582. & rapporté par Monsieur Loüet, lettre V. nombre 3. & par un du 8. Avril 1595. rendu sur un appel du Senéchal de Lyon, & rapporté par Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 6.

8. Origine de nôtre Regle *paterna paternis.* Quoique la Loy *De emancipatis* n'établisse pas la difference des lignes, de la maniere que la Glose & Monsieur Cujas l'ont prétendu, neanmoins cette interpretation que l'on en a faite, bien ou mal, a pû donner lieu à nôtre regle *paterna paternis, materna maternis*, ce que Monsieur Cujas en sa consultation 23. a fort bien remarqué, où il dit, *& hoc est quod dicitur paterna paternis, quod l. de emancip. C. de legit. hered. constitutum, cùm esset tantùm in fratribus, mores ad omnes cognatos protraxerunt:* & en cela on a voulu faire un droit uniforme, comme l'on a tenté depuis à l'égard du retrait lignager, qui a le même fondement que la regle *paterna paternis*, & que l'on a voulu établir dans le païs de Droit écrit, Monsieur le President Brisson ayant dressé une Ordonnance à cet effet, laquelle est dans le Code Henry, livre 6. titre 16. art. 1. ☞ Quoique c'en soit, le Parlement de Provence s'est soûmis à cette regle, ayant preferé l'oncle maternel au paternel, dans les biens maternels de la niéce, par un Arrest du 10. Novembre 1583. rapporté par M. le President Estienne, décis. 48. & dans le Parlement de Toulouse on la suit en un cas particulier, lorsque la veuve est déchuë de la succession de ses enfans, pour s'estre abandonnée durant son veuvage: car en ce cas on ajuge ces successions aux parens paternels, en quelque éloignement qu'ils puissent estre, au préjudice de la mere & de tous les parens maternels: ce qui est justifié par la Rocheflavin, livre 2. Arr. 14.] D'ailleurs nous avons vû, qu'encore que la Loy *Jurisperitos ff. de excusat. tut.* dise que *duo unius patrimonia esse non possunt*: neanmoins dans la distinction que l'on faisoit en Droit des biens castrenses, on ne laissoit pas de dire qu'ils faisoient une succession distincte & separée, comme il est decidé en la Loy *Si certarum §. 1. ff. de milit. testam.* ce qui nous a peut-estre montré le chemin de distinguer ainsi divers patrimoines en une même succession, de separer les meubles & les acquests, & les propres de l'une & de l'autre ligne, & de considerer toutes ces choses comme des successions differentes: ensorte qu'il n'y a point de droit d'accroissement entre les heritiers des propres, & les heritiers des acquests: & si un des heritiers des propres renonce, ce n'est point l'heritier des acquests qui en profite: de même qu'en Droit, il n'y avoit point d'accroissement entre l'heritier institué par l'affranchi, & son patron: parce que c'estoient deux titres differens de succession. *L. sed cum patrono ff. de bon. possess.* Je crois bien que ç'a esté là l'origine de nôtre Jurisprudence. L'on impute neanmoins l'établissement de la regle *paterna paternis*, à une Constitution de l'Empereur Charlemagne. *Mol. cons. 7. n. 48.* & il est certain au moins, que cette regle n'est pas de la Loy Salique, laquelle au titre 62. *de alod. C. 5.* ajuge les biens indistinctement au plus proche parent; mais quelque origine qu'elle puisse avoir, c'est aujourd'huy le Droit commun de la France, que les propres suivent la ligne dont ils procedent.

Aprés le Droit écrit & le Droit commun de la France, il faut entrer dans le détail des Coutumes, dont le premier ordre est de celles qui ne font point mention, ni directement, ni indirectement de cette regle *paterna paternis*, & l'on a demandé si l'on devoit présupposer cette maxime dans ces Coutumes: & tous les Autheurs qui ont touché cette question, sont d'avis, que l'on doit suppléer à cette omission, & que pourvû qu'il n'y ait point dans une Coutume de disposition contraire, la regle *paterna paternis* y doit avoir lieu: parce que les dispositions qui sont de Droit commun, doivent estre supplées dans les Coutumes: *L. quaritur §. quia assidua ff. de Ædilit. Edict.* C'est l'avis de Bacquet du Droit de Desherence, chap. 4. nomb. 2. de Chopin sur Paris, liv. 2. tit. 5. & cela s'estant presenté pour la Coutume de Chaumont en Bassigny, il a esté jugé par Arrest du 21. Juillet 1571. au profit des d'Avaugours sieurs de Courtelan & Fervacques, que le Comté de Chasteauvilain leur appartenoit, comme cousins d'Anne Comtesse de la Baume, & de son enfant; & non au sieur d'Annebaut pere du même enfant, quoique ce Comté soit situé en cette Coutume qui n'a point de disposition sur ce sujet. Aussi Gousset sur l'art. 40. remarque, que la Cour ordonna, que l'Arrest seroit publié au Bailliage, & que cela fut executé. Cela se juge aussi pour la Coutume de Chartres, en interpretation de l'art. 94. au rapport de Bacquet de desh. chap. 4. nomb. 2. & de Brodeau sur Monsieur Loüet, lettre P. nomb. 28. Arr. 5. & 6. Mais il est important de remarquer, que dans ces Coutumes, qui n'ont point de disposition précise pour l'affectation des propres à la ligne dont ils procedent, il suffit d'estre le plus proche parent paternel du deffunt pour avoir les propres paternels, & c'est ce que Brodeau rapporte avoir esté jugé pour la Coutume de Chartres. * — 9. Si l'on doit suppléer cette regle dans les Coutumes qui n'en font aucune mention. — * *Voyez les Additions.*

Le second ordre des Coutumes est de celles qui établissent à la verité la regle *paterna paternis*; mais cela sans parler d'estoc, ou de souche, ou de côté: ainsi la Coutume de Bordeaux tit. des Testam. & Success. art. 1. appelle *le plus proche de la ligne*, & la Coutume de Meaux en l'art. 42. appelle *le plus prochain de la ligne collaterale*, & ajoute, que l'heritage doit retourner en ligne dont il est venu. De même l'art. 42. de la nouvelle Coutume de Chauny, dit, que les propres doivent retourner *au plus prochain de la ligne dont ils sont venus*. La Coutume d'Estampes dit, que *les biens paternels viennent au lignager paternel; & les maternels au maternel, encore qu'il ne soit le plus prochain du deffunt*; ce qui est éta- — 10. Coutumes qui établissent cette regle, mais sans parler de côté, d'estoc & de souche.

blir purement & simplement la regle *paterna paternis*, sans rien demander de plus. La Coutume de Normandie, art. 244. dit aussi, que *les heritages venus du côté paternel, retournent toûjours par succession aux parens paternels: comme aussi tous ceux du côté maternel, aux maternels:* Or dans ces Coutumes, comme dans celles du premier ordre, dont il vient d'estre parlé, pour succeder à un propre, il suffit d'estre parent du défunt du côté de son pere, ou de tel autre, par la mort duquel les heritages luy sont échûs; mais il n'est point necessaire à cet effet ni d'estre descendu de l'acquereur, ni d'estre du côté & ligne de l'acquereur: ensorte que dans ces Coutumes un parent paternel, quoiqu'il ne soit ni de la ligne, ni du côté de l'acquereur, exclura un parent descendu de l'acquereur qui sera en degré plus éloigné, & ces Coutumes ne different de celles dont il vient d'estre parlé cy-dessus, qu'en ce que la regle *paterna* y est précise; au lieu qu'on l'a supplée dans les autres *: ainsi il suffit également dans la Coutume d'Estampes & dans la Coutume de Chartres, d'estre parent du côté de celuy, par le decés duquel les heritages luy sont venus, pour pouvoir succeder à ces mêmes heritages. ☞ Si le défunt a eu l'heritage de la succession de son pere, il suffit pour y succeder d'estre son plus proche parent paternel: si par la succession d'un frere germain, il suffit d'estre son plus proche parent: car l'heritage est des deux lignes, comme le frere germain: Si par la succession d'un frere consanguin, il suffit d'estre son plus proche parent paternel: si par la succession d'un frere uterin, il suffit d'estre son plus proche parent maternel: Si par la succession d'un oncle paternel, il suffit d'estre son plus proche parent du côté paternel; Si par la succession d'un cousin germain paternel, de même.]

* Voyez les Additions.

11. Des Coutumes qui veulent que l'on soit du trôc commun, pour pouvoir succeder aux propres.

Le troisiéme ordre est de certaines Coutumes qui disent, que pour succeder aux propres, il faut estre du tronc commun, c'est à dire, qu'il faut que l'heritage ait appartenu à celuy qui a fait le tronc commun & ancien entre le défunt; & celuy qui luy veut succeder: telle est la Coutume de Bourgogne, laquelle dit au tit. des Successions art. 17. que *les heritages ensuivent en succession la ligne du tronc, de laquelle ils sont issus.* Chassanée *in verb.* prochain, & Bouvot, expliquent ainsi cet article: telle est la Coutume de Sens; qui dit en l'art. 83. *& quant aux propres, ils ensuivent le tronc de leurs pere & mere, & autres desquels ils sont avenus.* A quoy est à peu prés conforme l'art. 240. de la Coutume d'Auxerre: ainsi dans ces Coutumes, si mon pere a acquis un heritage auquel j'aye succedé, & que je laisse en mourant un frere uterin, & un oncle & un cousin germain paternel, au lieu qu'à Paris ce seroit l'oncle, qui estant du côté & ligne de mon pere qui a acquis l'heritage, y succederoit, dans ces Coutumes, ce sera mon frere uterin, & la raison est, que l'on ne peut pas dire, que l'heritage ait appartenu à celuy qui a fait le tronc commun & ancien entre moy & mon oncle, puisqu'il n'a pas appartenu à mon ayeul: ainsi il n'est pas propre, & appartient à mon frere uterin, comme mon plus proche heritier.

12. Des Coutumes qui demandent que l'on soit du côté & ligne.

Il y a un quatriéme ordre de Coutumes, dans lesquelles, pour succeder aux propres, il faut estre parent du côté & ligne de l'acquereur: telles sont la plûspart des Coutumes du Royaume, Paris, art. 326. & 329. Montfort 111. Calais 118. Bourbonnois 315. Reims 191. Laon 79. & 255. Châlons 86. Amiens 87. Ponthieu 13. & 14. Artois 10[illegible] Orleans 325. & plusieurs autres. Mais il faut observer, 1. que quoiqu'il soit necessaire d'estre du côté & ligne de l'acquereur, il n'est pas besoin d'en descendre. 2. Que neanmoins les descendans de l'acquereur sont toûjours preferez à ceux qui ne sont que de son côté & ligne. 3. Que dans les propres naissans, le neveu doit estre preferé à l'oncle, suivant l'Arrest du 27. Mars 1646. mais tout cela viendra dans la suite, ne s'agissant, quant à present, que de rapporter en general les diverses dispositions des Coutumes sur cette matiere.

Quoy qu'il en soit, dans ces Coutumes du quatriéme ordre, il ne suffit pas pour succeder en collaterale à un propre, d'estre parent du défunt du côté du pere, par la succession de qui ce propre luy est échû; mais il faut luy estre parent du côté & ligne de celuy qui a mis le premier l'heritage dans la famille, soit du côté du pere, soit du côté de la mere du même acquereur. Que s'il ne se trouve point de parent de cette sorte, l'heritage est consideré comme acquest, & appartient au plus proche heritier: quoiqu'il ne laisse pas d'estre propre, quant au retrait, & quant à la disposition testamentaire. Car les propres se considerent autrement dans les successions, que dans les retraits, dans les communautez, & dans les testamens.

☞ On ne manquera pas d'opposer à cette limitation, qui concerne la succession testamentaire, ce que nous avons dit cy-dessus liv. 1. chap. 6. sect. 4. n. 14. que quand il n'y a point d'heritiers de la ligne, les propres devenoient acquests, même quant à la disposition: ainsi il faut rendre raison pourquoy dans les Coutumes soucheres, ou de tronc commun, ou de côté & ligne, celuy qui n'a point d'heritiers de la qualité que la Coutume requiert pour succeder à des immeubles en qualité de propres, n'en a pas plus de liberté de disposer de ses propres; & que cependant en toutes Coutumes, celuy qui n'a point d'heritiers d'une ligne, en a plus de liberté, & peut disposer à son gré de tous les propres de cette ligne: Or la raison de difference est que la plûspart de nos Coutumes ne sont point soucheres, ni de tronc commun, ni de côté & ligne, quant à la disposition, non plus que quant au retrait; mais que nos Coutumes, quant à la faculté de disposer, suivent la regle *paterna paternis:* Ensorte qu'en general celuy qui a des heritiers paternels est sujet aux reserves coutumieres dans ses propres paternels: & celuy qui n'a point d'heritiers paternels n'est point sujet à ces reserves, quant aux propres paternels. Il en est de même à l'égard de la faculté de disposer des propres maternels. C'est pourquoy il ne faut pas s'étonner si nous avons dit au Chap. de la Succession des Collateraux, sect. 4. n. 14. que celuy qui n'a point d'heritiers de la ligne paternelle, n'est point sujet aux reserves pour les biens de cette ligne: & si nous disons ici qu'en Coutume souchere, celuy qui n'a point d'heritiers de la qualité requise par la Coutume pour succeder aux propres, n'en a pas plus de liberté de disposer de ses propres: Cependant il peut arriver en ces Coutumes, que les heritiers qui empêcheront le testateur de disposer de ses propres, n'y succedent pas eux-mêmes, comme n'estant pas les plus proches heritiers pour succeder aux acquests.

On peut reduire sous ce quatriéme ordre les Coutumes qui sont non-seulement de côté & ligne, mais de branchage; dans lesquelles entre plusieurs heritiers de côté & ligne, ou entre plusieurs heritiers également descendus de l'acquereur & du même degré, ceux qui ont un bran- Coutumes de Branchage.

chage commun avec celuy *de cujus bonis*, sont preferez ; telle est la Coutume d'Angoumois, article 94. On a voulu autrefois établir cette singularité dans la Coutume de Paris : & il y en a même un Arrest de la Grand'Chambre du 19. May 1651. rendu au profit de Marie Martin, femme de Maistre Lagault, Avocat & rapporté par du Fresne aprés le chap. 22. du liv. 6. mais on prétend que cinq ans aprés, & le 4. ou 5. Fevrier 1656. le contraire fut jugé en la même Chambre au rapport de Monsieur de Vertamont.]

13. Des Coutumes soucheres.

Enfin, dans le cinquiéme ordre viennent les Coutumes que l'on appelle ordinairement *soucheres*, selon lesquelles on ne succede point comme heritier des propres, que l'on ne soit descendu de celuy qui les a mis le premier dans la famille : Que s'il ne s'en trouve point de cette sorte, les anciens propres appartiennent à l'heritier des meubles & acquests, c'est à dire, au plus proche parent : telle est la Coutume de Montargis, chap. 15. art. 3. qui dit, qu'*en ligne collaterale les heritages du trépassé appartiennent à ses plus proches parens, étant de la souche & ligne dont procedent lesdits heritages, ausquels sont propres & retrayables, & enforclosent les autres parens d'autre ligne plus prochains, & si lesdits heritages n'avoient fait souche ou degré de la personne qui veut succeder, ne sont dits propres, & y succedent les plus prochains en degré.* Mais l'art. 167. de la Coutume de Mante & Meulan est encore plus précis, lorsqu'il dit, *& s'entendent lesdits heritiers estre de l'estoc & branchage, dont sont procedez lesdits heritages, quand iceux heritiers sont descendus de celuy par qui lesdits heritages ont esté premierement acquis, ausquels ils succederont, encore qu'ils soient plus proches parens du défunt ; autrement non.* Telles sont encore la Coutume de Dourdan, art. 117. celle de Melun, art. 137. & 264. Que dira-t-on de celle de Tours ? *

* Voyez les Additions.

De la Coutume de Tours. Qu'elle n'est point souchere.

☞ Quoique cette Coutume soit declarée expressément souchere dans l'art. 288. parce qu'il dit, *& s'entendent les heritiers estre de l'estoc & branchage, dont sont procedez lesdits heritages, quand ils sont descendus de celuy par qui ils sont premierement acquis, & y succederont encore qu'ils ne soient plus prochains parens du défunt* : neanmoins on a jugé conformément à l'art. 310. qu'il suffit dans cette Coutume d'estre de l'estoc & branchage, & qu'elle n'est point précisément souchere. Palu en rapporte sur cet art. 288. des Sentences des Juges des lieux, & des Arrests. Ce qui n'empêche pas que dans cette Coutume, comme dans celle de Paris, les descendans de l'acquereur ne soient préferez à ceux qui sont simplement de l'estoc & branchage : & c'est l'explication qu'on donne à cette art. 288. pour l'accorder avec les Arrests.

Si elle est differente des Coutumes de côté & ligne.

Il y a difficulté pour la subdivision dans les lignes, comme il paroît en cette espece, où on suppose que Jean a acquis pendant sa communauté, & a laissé son fils Pierre qui est decedé sans enfans : car le conquest se divisant d'abord entre les heritiers paternels & maternels de Pierre, on demande si dans chaque ligne il se fait une subdivision de moitié au profit des heritiers paternels de Jean ; & d'autre moitié au profit des heritiers maternels du même Jean.

Ceux qui soutiennent qu'il ne se fait point de subdivision, & que dans le partage par moitié des heritiers paternels & des heritiers maternels de Pierre, chaque moitié appartient au plus proche, disent qu'autrement on feroit une refente, ce qui n'est pas permis : qu'aussi cela ne s'observe pas à Paris, & que la Coutume de Tours ne differe pas de celle de Paris, l'estoc & branchage n'estant autre chose que le côté & ligne.

Au contraire ceux qui soutiennent la subdivision, disent que si Jean estoit decedé sans enfans, ses heritiers paternels & ses heritiers maternels auroient partagé l'acquest par moitié, suivant un Arrest du 10. Juin 1606. rendu aprés Enqueste par turbes, en interpretation de l'art. 287. de la Coutume de Tours, entre Monsieur de Liencour, & la Dame d'Onglée, & rapporté par Monsieur le Prestre, cent. 2. chap. 24. qui a jugé que la regle *paterna paternis*, a lieu en cette Coutume ; d'où ils concluent que les deux lignes ayant esté une fois abreuvées en la personne de Jean, ne doivent point perdre leur droit.

En effet cette raison décide en cette autre espece, où on propose qu'un frere ait fait un acquest, qu'il l'ait laissé dans sa succession à son frere germain, & que ce frere germain mourant sans enfant, il soit contesté d'un côté par un frere simple consanguin, d'autre par des parens maternels plus éloignez : car en ce cas on doit partager l'heritage entre les deux lignes qui ont esté abreuvées en la personne de l'acquereur.

Il faut même observer que cette subdivision dont il s'agit, n'est point une refente : car la premiere division entre les heritiers paternels, & les maternels, n'est pas une fente ; mais est une succession à l'ordinaire, qui contient ce qui est de chaque ligne. Ensorte que la division de la moitié qui appartient aux heritiers paternels ou maternels de Pierre, est une premiere fente, & non point une refente : & on y appelle les deux lignes qui ont esté abreuvées en la personne de Jean, & cela sans considerer la proprieté du degré ; quoique dans chaque ligne on prefere le plus proche, car si on faisoit le contraire ce seroit une refente.

Cela peut estre fondé sur l'art. 310. qui declare la Coutume d'estoc & branchage : or la difference entre les Coutumes de côté & ligne, & celles de ramage ou branchage, ne peut consister que dans cette subdivision qu'on présuppose ici.

Enfin, c'est l'opinion de Palu sur l'art. 312. p. 535.

Nous venons de toucher une espece qui ne laisse pas de faire difficulté dans cette Coutume de Tours, d'un bien qui n'a point souché en directe, qui ayant esté acquis par un frere a passé aprés sa mort à son frere germain, à l'exclusion de ses freres consanguins ou uterins, & qui se trouve en la succession de ce frere germain, & est contesté d'un côté par un frere consanguin, & de l'autre par des parens maternels plus éloignez.

D'un côté on peut dire que le frere consanguin succede seul, parce que l'art. 289. donne les meubles & acquests aux freres germains, & à leur défaut aux freres consanguins ou uterins, & qu'on a jugé par les Arrests rapportez par Palu sur cet article, que quand il n'y a qu'un frere consanguin ou un uterin, il a le meuble & l'acquest pour le tout, sans que les parens plus éloignez de l'autre ligne puissent concourir avec luy.

Cependant on juge que ce bien approchant beaucoup d'un acquest, parce qu'il n'a point de ligne, quoiqu'il soit un veritable propre, comme venant d'une succession naturelle, les deux lignes qui en ont esté une fois abreuvées en la personne de l'acquereur, doivent conserver leur droit, & que ce bien est un propre affecté aux deux lignes.

On cite contre cet avis un certain Arrest de Monmusseaux, rendu au rapport de Monsieur Tronçon aprés Enqueste par turbes, qui a préferé le frere consanguin : mais on prétend que

ce n'est pas l'avis du Barreau de Tours.

Dans cette Coutume non seulement les descendans de l'acquereur sont preferez, comme dans celle de Paris; mais comme dans chaque ligne la representation a aussi lieu à l'infini, selon les art. 287.289.& 310. chaque heritier collateral remonte à son ascendant, qui est le plus proche de l'acquereur, & compte par luy son degré.] *

Voyez les Additions.

Enfin, il y a une Coutume, qui n'estant point sonchere pour les successions, l'est pour les retraits, c'est la Coutume de Nivernois: car au titre des success. art. 7. elle dit, que *les heritages en succession ensuivent la ligne du tronc & estoc dont ils sont issus*, & repetant la même chose en l'art. 13. du titre *quelles choses sont reputées meubles*, elle ajoûte, *& quant à retrait lignager, il n'est reputé de l'estoc, s'il n'y a eu descendant qui ait succedé, & pour y venir, est requis que le retrayant soit descendu dudit acquereur.* Sur quoy Maistre Charles du Molin a fait cette Note, *& sic jus retrahendi ut pote restrictum ad descendentes à stipite, est strictius; quam jus succedendi ab intestato, per hanc consuetudinem.*

C'estoit autrefois le Droit commun de la France, que pour succeder aux propres, il falloit estre descendu du premier acquereur. Voyez Jean Faber §. *plures instit. de legit. agn. success.*

14. Coutumes où les meubles souchent & estoquent au premier degré.

Enfin, il y a des Coutumes où les meubles estoquent au premier degré: c'est ainsi que l'on explique & que l'on observe l'art. 4. du tit. 12. de la Coutume d'Auvergne, quoiqu'il use du terme general de *biens*, ce qui a lieu principalement en fait de dot mobiliaire, quoique non realisée, ensorte que dans la succession d'un défunt, chaque ligne a droit de rechercher les meubles qui sont du pere ou de la mere du défunt, & la ligne paternelle s'applique les meubles & actions mobiliaires qui viennent du côté du pere, & la ligne maternelle les meubles & actions mobiliaires qui procedent de la mere. De plus, cette Coutume ne distingue pas les biens, comme font les autres, en meubles, acquests, & propres, mais en biens paternels ou maternels, & biens acquis par le défunt, meubles ou immeubles, voulant que les heritiers paternels succedent à tous les biens procedez d'ailleurs que du côté maternel, & payent les dettes de même.

De la Coutume de la Marche.

☞ Il y a beaucoup de raison de soutenir que la Coutume de la Marche est semblable à l'égard des meubles, & qu'ils estoquent en cette Coutume, parce que quand elle parle de la succession collaterale, elle ne distingue point les biens en meubles, & immeubles; mais se contente de dire que les biens suivent leur estoc & ligne: de plus elle ajuge les biens d'acquest par preference aux heritiers paternels: enfin elle fait aussi payer les dettes par estoc & ligne. En quoy elle est conforme à celle d'Auvergne. L'art. 228. dit, En succession fraternelle ou collateralle, chacun succede és biens survenus du côté dont il atteint au deffunt. L'art. 231. dit, Tous biens acquis par le défunt de la succession duquel est question, sont reputez biens paternels, & y succedent les parens paternels, & en sont les maternels forclos: l'art. 234. dit, Ceux qui succedent du côté paternel payeront les dettes & legats du côté paternel: le 235. dit, Ceux qui succedent du côté maternel payeront les dettes du côté maternel: & le 236. ajoûte, Et si le défunt a fait des dettes de son côté, & qu'il délaisse aucun meuble & acquest, les parens du côté paternel qui succedent esdits meubles & acquests, seront tenus payer les dettes faites par ledit défunt, si lesdits meubles & conquests sont suffisans: *alias* les heritiers patrimoniaux payeront le *reliqua pro rata.*

Cependant il semble que cette décision ne doit point avoir lieu en la Coutume de la Marche, contre le pere qui succede aux meubles & acquests, soit qu'ils viennent de succession, soit qu'ils soient acquis par le fils, parce que l'art. 224. ajuge indistinctement au pere la proprieté des meubles & acquests; au lieu que celle d'Auvergne chap. 12. art. 2. & 3. ajuge bien les meubles acquis au pere; mais luy ôte les meubles de succession: ce qui fait une notable difference entre les deux Coutumes; & ce qui justifie qu'au païs de la Marche, les meubles ne pourroient au plus estoquer qu'entre parens collateraux, pour empêcher que les plus proches ne les ayent, mais non au respect du pere qui doit avoir tous les meubles de quelque part qu'ils viennent, aux termes de cet art. 224. qui est indéfini, & ne porte point de distinction entre les meubles acquis & les meubles de succession, pareille à celle qui se trouve dans la Coutume d'Auvergne. Il se voit même dans le procés verbal, *que l'ancien article ne donnoit aux ascendans que les meubles avenus aux enfans autrement que par la succession de leurs prédecesseurs*; & que le nouveau leur a donné tous les meubles; & quoique le procés verbal porte que ce changement n'a esté fait que parce que l'ancien article estoit trop obscur; neanmoins, cela ne fait pas croire qu'il n'y a pas de changement essentiel: puisque la difference des termes persuade qu'il y en a, & que dans la reformation, on a voulu donner tous les meubles au pere.

On pourroit insister en disant que l'esprit de cette Coutume & de cet art. 224. est de ne donner au pere que les meubles acquis; & de faire estoquer les meubles de succession, ce qui se justifie par l'art. 225. qui suit, lequel donne encore au pere l'usufruit des biens maternels en general, ce qui dans ces deux Coutumes d'Auvergne & de la Marche comprend les meubles, aussi-bien que les immeubles maternels, comme il se voit dans les articles 228. & 321. qui font estoquer les biens; & dans les articles 234. 235. & 236. qui font estoquer les dettes en consequence précisément de ce que les biens tant meubles qu'immeubles estoquent, & font payer aux heritiers paternels, les dettes créées par le deffunt, en consequence de ce que les meubles & acquests appartiennent aux heritiers paternels.

Voila les idées que l'on se pouvoit former de cette Coutume au sujet de la succession des ascendans aux meubles de leurs descendans, cependans il faut suivre la premiere opinion, & dire, que le pere succede à tous les meubles, parce que outre les raisons qui l'appuyent, par Arrest rendu en l'Audience de la Grand'Chambre le Lundy 11. Aoust 1692. la question a esté ainsi jugée en la cause de Gabrielle la Chaut, plaidant M. Beroyer, cet Arrest ayant décidé, qu'en cette Coutume le pere succede aux meubles, de quelque part qu'ils dérivent. En effet il semble que comme dans les articles 228. & 231. le mot de biens comprend tant les meubles que les immeubles; aussi dans l'art. 228. le mot de meubles, s'entend tant des meubles de succession, que des meubles acquis, outre que la reformation de l'ancienne Coutume qui ne donnoit aux ascendans que les meubles acquis, & la substitution du nouvel article qui leur donne tous les les meubles generalement, a esté un solide fondement pour cet Arrest.

SECTION III.

Du partage des Propres.

SOMMAIRE.

1. A qui les propres appartiennent dans les Coutumes qui n'en parlent point.

APrés avoir posé les principes generaux de la matiere des propres, il faut traiter les questions particulieres, qui se presentent ordinairement au sujet de la succession des propres, dont la premiere, qui a déja esté touchée cy-dessus, est de sçavoir à qui les propres appartiennent dans les Coutumes, qui n'ont point de dispositions précise pour établir la distinction des propres. Ce qui se peut aussi proposer à l'égard des Coutumes qui établissent en general la regle *paterna paternis*, sans aller plus loin, & sans parler de tronc, de souche, d'estoc, ni de côté. Et il est déja constant, que de quelque maniere que ce soit, l'on doit suppléer au défaut de ces Coutumes: parce que la regle *paterna paternis* est un Droit commun, ce qui a esté établi cy-dessus. Mais il s'agit de sçavoir si l'on se conformera en ce cas aux Coutumes soucheres, dans

lesquelles il faut estre descendu de celuy qui a mis l'heritage dans la famille, autrement l'heritage appartient au plus proche; ou aux Coutumes qui demandent que le tronc soit commun, & que l'heritage ait appartenu à celuy qui a esté le tronc commun & ancien, entre celuy de la succession duquel il s'agit, & celuy qui luy veut succeder; ou aux Coutumes qui demandent seulement que l'on soit de l'estoc, ou côté & ligne de l'acquereur, sans requerir précisément que l'on en descende: ou enfin aux Coutumes, où il suffit d'estre le plus proche parent du côté de celuy par le decés duquel l'heritage appartenoit au défunt.

2. Raisons de douter. La raison de douter resulte, de ce que la regle *paterna paternis*, n'ayant lieu dans les Coutumes qui n'en ont point parlé, qu'en vertu de la disposition du Droit commun, il semble qu'elle y doit avoir lieu, conformément au Droit commun.

Que si l'on cherche quel est le Droit commun de la France sur le fait de la succession des propres, on trouvera qu'il y a beaucoup plus de Coutumes, qui desirent, que pour succeder aux propres l'on soit du côté & ligne de l'acquereur, sans requerir neanmoins que l'on soit descendu de luy, que de tous les autres genres de Coutumes: ainsi cette disposition pourroit passer pour un Droit commun: à quoy l'on peut ajoûter, que c'est celle de la Coutume de Paris, à laquelle l'on se conforme volontiers pour les cas obmis par les autres Coutumes, comme l'on a fait depuis peu, & par un Droit nouveau, quand il s'est agi de regler l'âge auquel on peut tester dans les Coutumes qui n'en parlent pas. Ce qui semblent devoir avoir lieu à plus forte raison, si la question se presente pour une Coutume voisine de celle de Paris. De même que dans la Coutume de Chartres, la Loy du remploy a esté suppléée, conformément aux dispositions des Coutumes voisines, & que dans celle de Vitry-le-François on a admis la continuation de communauté, dont elle ne fait point de mention: & cela pareillement suivant la disposition des Coutumes voisines, comme l'atteste Maistre Charles du Molin, sur l'art. 54. de cette Coutume, en ces termes: *Quia non est irrationabilis, & est vicinorum locorum consuetudinibus conformis, hic usus admittendus est.*

3. Raisons de decider, & que dans ces Coutumes le propre appartient au plus proche parent du côté indistinctement. J'estime neanmoins, que dans ces Coutumes qui ne font point mention de la regle *paterna paternis*, ou qui en font mention, sans parler de tronc commun, de fourche ou fourchage, d'estoc & de côté, il faut admettre cette regle, ensorte que le plus proche parent du côté paternel indistinctement, succede à l'heritage qui vient du même côté. Car en premier lieu, c'est l'explication la plus simple & la plus naturelle de cette regle, que dire purement & simplement que l'heritage paternel appartient au plus proche parent du côté paternel, sans considerer s'il est du côté & ligne de l'acquereur. Et sur ce fondement, si le défunt, *de cujus bonis agitur*, avoit eu l'heritage de son pere, il me suffit, pour luy succeder dans cet heritage, de ne luy pas appartenir du côté maternel seulement; mais d'être le plus proche du côté de son pere, quoique je ne luy touche pas du côté de son ayeule, qui avoit mis l'heritage dans sa famille.

En second lieu, cette explication peut servir à retrancher une infinité de procés, qui se presentent tous les jours dans les Coutumes, qui ont d'autres dispositions: car il est bien plus aisé de distinguer qui est le plus proche du côté & ligne du pere du défunt, que d'examiner qui a mis le premier l'heritage dans la famille, & qui est le plus proche du côté & ligne de cet acquereur: ainsi il est d'une grande équité de s'attacher à cette opinion.

En troisiéme lieu, quoique la regle *paterna paternis*, soit devenuë un droit commun dans le Royaume, elle n'est telle que *secundariò*, s'il faut ainsi dire: car le droit commun primitif & originaire, est de donner la succession au plus proche parent, & la Loy Salique au titre 62. *de alod.* §. 5. en dispose ainsi: du Molin en son Cons. 7. nomb. 48. estimant seulement, que cette regle s'est établie dans le Royaume par une constitution de l'Empereur Charlemagne: d'où il suit qu'il faut s'éloigner, le moins qu'il est possible, de la disposition de ce droit primitif & originaire, qui est même conforme au Droit Romain, qui n'a jamais songé à distinguer les biens paternels & les biens maternels, non pas même en faveur des freres, comme il a esté établi dans la Section precedente: Or l'on s'en éloigne beaucoup moins en considerant purement & simplement le côté d'où procedent les biens, par rapport à celuy par la succession duquel les biens ont appartenu à la personne *de cujus bonis agitur*, qu'en recherchant dans le passé la premiere origine des ces mêmes biens, tant de fois effacée par les mutations qui sont arrivées, suivant la Loy *Sed si plures 10.* §. *filio ff. de vulg. & pup. substit.* qui dit en matiere de substitutions pupillaires, *Juncta enim hereditas cœpit esse*, & la Loy 28. *ff. de bon. auth. jud. poss.* qui dit, *tunc hereditas & patris, & filii una est.* Ainsi chaque degré de succession ayant apporté un nouveau changement dans les biens, il semble qu'il doit suffire de considerer la derniere personne, par le moyen de laquelle les biens sont échûs au défunt, sans remonter jusques à la source. Ce qui a esté jugé pour la Coutume de Chartres par Arrest du 30. Mars 1607. & par d'autres rapportez par Maistre Julien Brodeau sur la lettre P. de Monsieur Loüet, nomb. 28. Art. 5. 6. & 7. & par la Lande, sur l'art. 325. de la Coutume d'Orleans.

4. Dans les Coutumes semblables à celle de Paris, quand il n'y a aucun parent du côté & ligne de l'acquereur, l'heritage appartient au plus proche, comme un simple acquest. Quoique dans les Coutumes, qui ne font aucune mention de la regle *paterna paternis*, on l'observe de la maniere qui vient d'estre dite, & que pour succeder à un propre, il suffit d'estre parent du côté de celuy, par la mort duquel l'heritage est échû à la personne *de cujus bonis agitur*; neanmoins dans les Coutumes qui veulent, que pour succeder à un propre, l'on soit parent du côté & ligne de l'acquereur, s'il arrive qu'il n'y ait point de parens du côté & ligne de l'acquereur, l'on ne prefere point ceux qui sont parens de celuy par le decés duquel les heritages sont échûs au défunt, ni ceux qui sont parens de celuy en la personne de qui l'heritage a fouché pour la premiere fois dans la famille; mais la condition sous laquelle la Coutume a affecté les propres à la ligne, manquant en ce cas, on les considere comme de simples acquests, & on les donne indistinctement au plus proche: de même que dans les Coutumes foucheres, lorsqu'il n'y a point de descendans de l'acquereur, les propres passent pour acquests dans les successions, [☞ suivant l'Arrest du Parlement de Bourgogne, rapporté dans le Journal du Pal. tome 6. page 194.] & la raison de cela est, que quand la Coutume ne dispose point de la succession des propres, on supplée cette omission par ce qui paroît de plus équitable & de plus conforme au droit commun; mais quand une Coutume dispose de la succession des propres, il faut s'attacher indispensablement à ce qu'elle établit, &

comme

comme elle s'éloigne, sous des conditions particulieres, de la disposition du Droit commun, qui défere toutes les successions aux plus proches parens, & qu'elle ne donne les propres précisément qu'à ceux qui sont de l'estoc, ou côté & ligne de l'acquereur, on doit s'attacher à ces conditions, & les propres ne doivent appartenir qu'à ceux en qui ces mêmes conditions se verifient : parce que les Coutumes sont de Droit étroit, ce sont des Loix formées par le suffrage commun de tout le peuple, & appuyées de l'autorité du Prince. C'est une espece de crime, que de leur donner la moindre atteinte. *Ubi verba legis deficiunt, cessat ejus dispositio*, & l'on supplée plus aisément à un cas tout à fait obmis, que l'on ne supplée au défaut d'une condition, que la Loy a requise précisément. C'est pourquoy il faut rejetter l'opinion de ceux qui ont estimé qu'au défaut de parens du côté & ligne de l'acquereur, on devoit préferer ceux du côté & ligne du fils de l'acquereur, & ainsi successivement, afin de retenir & executer, autant qu'il se pouvoit, la regle *paterna paternis*. Et il faut dire en un mot, que quand la Coutume défere les propres au plus proche du côté & ligne du premier acquereur, on ne les peut obtenir à titre de propres qu'en cette qualité : sinon, qu'il les faut considerer comme de simples acquests, & les ajuger au plus proche parent indistinctement. De même, dans les Coutumes qui demandent que l'on soit du tronc commun, il est absolument necessaire que l'heritage ait une fois appartenu à celuy qui a esté le tronc commun d'entre le défunt & l'heritier : Et s'il n'y a point d'heritier en qui cette condition se verifie, l'heritage ne doit appartenir à personne en qualité de propre, & ainsi des autres especes de Coutumes.

5. Que l'heritier descendu de l'acquereur est préferé à celuy qui n'est que du côté de l'acquereur.

Que si l'on ne peut succeder à un heritage en qualité de propre, lorsque l'on a une qualité moins avantageuse que celle que la Coutume requiert, quelquefois avec une qualité plus favorable que celle qui est précisément requise par la Coutume, on obtient la préference sur ceux mêmes en qui les conditions de la Coutume se verifient : par exemple, s'il se presente un heritier de la ligne de l'acquereur pour succeder à un propre situé dans la Coutume de Paris, lequel, outre cette qualité requise par la Coutume, soit encore descendu du même acquereur, il sera préferé à celuy qui sera à la verité du côté & ligne de l'acquereur, & même plus proche ; mais qui ne sera pas de ses descendans : parce que dés que l'on établit des propres, l'on suppose necessairement une préference absoluë en faveur des descendans de l'acquereur, estant fort inutile de donner cette qualité à des biens qui ont esté acquis dans la famille : si ce n'est principalement en faveur des descendans de celuy qui les a mis le premier dans la famille, suivant ses vœux & sa destination particuliere, *propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem*, comme il est dit en la Loy 15. *ff. de inoffic. testam.* le Droit appellant cette succession une dette naturelle, *velut ad debitam successionem eos vocando*, dit la Loy *cum ratio ff. de bon. damnat.* Ensorte qu'une branche venant à manquer, le propre retourne à une autre branche : & pour satisfaire à l'intention de celuy qui l'a mis le premier dans la famille, on l'ajuge à son descendant, quoique plus éloigné, par préference sur le plus proche parent du défunt, *de cujus bonis agitur*, quoiqu'il soit du côté & ligne du même acquereur : c'est la raison pour laquelle dans les propres naissans, le neveu doit estre préferé à l'oncle, suivant les Notes de Maître Charles du Molin, sur l'article 140. de la Coutume de Senlis, & sur le 40. de l'ancienne Coutume d'Amiens, ☞ & l'Arrest du 14. Aoust 1570. donné en la Coutume de Senlis, qui est dans le Vest Arr. 107.] parce que le neveu, & non l'oncle, est descendu de l'acquereur. Et dans les Coutumes de Lorraine, art. 134. le cousin germain est préferé au même contre la disposition de la Loy *Avunculo C. communia de success.* & c'est le sujet de l'Arrest du 27. Mars 1646. rendu entre Maistre Jean de Montreuil Avocat, oncle maternel de Maistre Pierre Martin, Official de saint Germain des Prez, & Jacques Baudouin, neveu dudit Maistre Pierre Martin, & rapporté au long avec les moyens des parties dans le Traité du neveu & de l'oncle. Ainsi on a préferé ce qui estoit selon le vœu de la nature, & le vœu particulier de l'acquereur, au sens litteral de la Coutume, & l'on a jugé que la pensée d'un pere estant d'acquerir pour ses descendans, qui doivent estre ses veritables parens de côté & ligne, ils devoient toûjours estre preferez. Sur ce fondement si mon ayeul a acquis, & que l'heritage se trouve dans ma succession, & que je laisse un grand oncle frere de mon ayeul, & un remué de germain, celuy-cy sera préferé pour cet heritage, comme descendu de l'acquereur.

6. Que dans nos Coutumes on ne considereroit pas le tronc commun, comme une qualité avantageuse.

Il faut observer neanmoins, qu'il ne s'ensuivroit pas de là, que si entre deux heritiers en pareil degré, & qui seroient également du côté & ligne de l'acquereur, ou reputez tels, l'un des deux estoit du tronc commun, c'est à dire, que l'heritage eût appartenu à celuy qui auroit esté le tronc commun & ancien, d'entre le défunt & luy, quoiqu'il n'en eût pas esté le premier acquereur, cet heritier dût estre préferé à l'autre, comme ayant une qualité qui semble plus avantageuse. Car le tronc commun n'est pas une circonstance qui se considere dans nos Coutumes, ni qui ait aucun fondement dans la nature ; ce n'est pas comme l'avantage d'estre des descendans de l'acquereur, qui est une prérogative du sang.

7. Si à Paris le plus proche du côté & ligne de l'acquereur, soit du côté paternel ou du côté maternel du même acquereur, est preferé, ou si le plus proche du côté paternel de l'acquereur a la moitié ; & le plus proche du côté maternel, l'autre moitié.

Hors la prérogative des descendans de l'acquereur, il suffit pour succeder à un propre dans la Coutume de Paris, & autres semblables, d'estre le plus proche parent du défunt du côté de celuy qui a mis le premier l'heritage dans la famille. Mais on a demandé si le plus proche du côté & ligne de l'acquereur obtenoit l'heritage entier, soit qu'il fust du côté paternel, soit du côté maternel de l'acquereur : ou si le plus proche parent du défunt du côté paternel de l'acquereur, n'en pouvoit avoir que la moitié, l'autre moitié estant reservée au plus proche parent du défunt du côté maternel de celuy qui a mis le premier l'heritage dans la famille : Et il est certain qu'en ce cas, l'heritage est dû indistinctement au plus proche parent du défunt, soit du côté paternel, soit du côté maternel de l'acquereur, à l'exclusion de ceux de l'autre côté, qui ne sont pas si proches en degré : parce que nous ne considerons pas dans nôtre Droit l'agnation, ni la cognation, dont les differences avoient même esté ôtées par le dernier Droit Romain : & pour succeder à un propre, il suffit d'avoir en sa personne les deux qualitez requises par la Coutume, c'est à dire, d'estre parent du côté & ligne de l'acquereur, & d'estre le plus proche du même côté. C'est pourquoy si c'est un parent du côté paternel de l'acquereur, qui soit le plus proche, le propre luy est dû pour le tout : de même si c'est un parent du défunt du côté maternel de l'acquereur, qui soit le plus proche au défunt, l'agnation sera inutile aux

parens du défunt, qui sont du côté paternel du même acquereur : de la même maniere que dans la succession d'une somme de deniers, que quelqu'un en se mariant s'est stipulé propre, tant pour luy que pour les siens de son côté & ligne, lorsque la somme passe dans la ligne collaterale, elle appartient au plus proche du côté & ligne indistinctement, sans qu'elle doive estre partagée par moitié entre les deux lignes, principalement lorsque la realisation n'a pas esté stipulée par un pere ou une mere, ce qui sera expliqué plus amplement. Et dans tous les cas il suffit d'estre le plus proche du côté & ligne sans distinction : parce que celuy qui est parent du côté de la mere du premier acquereur, ou de celuy qui a fait la realisation, n'est pas moins parent du côté & ligne, que celuy qui est parent du côté paternel, & qu'il seroit absurde de porter la distinction des lignes au dessus du premier acquereur, ou de celuy qui a fait la stipulation de propre, qui est à cet égard l'origine de la ligne, ce qui estant decidé par l'art. 315. de la Coutume de Reims, en ces termes : *Suffit pour succeder audit heritage, qu'il soit parent du côté paternel ou maternel de l'acquereur d'iceluy heritage*, Maistre Charles du Molin a dit sur cet article, *idem Parisiis ut ibi §. 112. & §. 172.* & cela s'observe aujourd'huy par une Jurisprudence uniforme, fondée sur plusieurs Arrests, & entr'autres sur un dernier du 8. Mars 1678. rendu à l'Audience de la Grand'Chambre, entre les Varades & les le Sueur, plaidans Maistre le Verrier & Maistre Vaultier, quoiqu'il y ait quelques anciens Arrests qui ont jugé le contraire, & qui sont rapportez par Papon, liv. 21. Arr. 15. & 16.

☞ Le plus proche parent du côté & ligne de l'acquereur est donc, ou un collateral de l'acheteur, comme un frere, ou quelqu'un de ses descendans : ou c'est un collateral du pere de l'acheteur, ou quelqu'un de ses descendans ; ou c'est un collateral de l'ayeul de l'acheteur, ou quelqu'un de ses descendans ; ou c'est un collateral du bisayeul de l'acquereur, ou quelqu'un de ses descendans ; mais il n'y a qu'une ligne au dessus de l'acquereur, laquelle on ne neglige pas, comme on fait dans les Coutumes de representation à l'infini, où on ne represente personne qui soit au dessus des collateraux de l'acheteur.]

8. Si les parens du côté & ligne se prennent dans la ligne collaterale superieure *in infinitum*.

On peut aussi demander si les parens du côté & ligne se prennent dans la ligne collaterale superieure *in infinitum*, & si, par exemple, il suffit pour succeder en collaterale à un ancien propre, d'estre parent du défunt du côté & ligne de l'ayeul de l'acquereur, & d'estre descendu d'un frere de l'ayeul, c'est à dire, d'un grand oncle de l'acquereur ; ou s'il faut estre au moins du côté & ligne du pere de l'acquereur, & descendu d'un frere du pere, c'est à dire, d'un oncle de l'acquereur. L'on peut supposer, par exemple, qu'un défunt ait laissé des propres, & deux heritiers en égal degré, qui soient tous deux du côté & ligne de ces propres ; mais dont l'un soit descendu d'un grand oncle de l'acquereur, & l'autre d'un oncle du même acquereur : car il est ordinaire que dans une branche il y ait moins de generations que dans une autre : Or l'on demande si dans cette espece le parent qui est descendu d'un grand oncle, c'est à dire, d'un frere de l'ayeul, ou de l'ayeule de l'acquereur ; sous prétexte que ce seroit faire remonter, comme l'on dit, le propre audelà de sa source, doit estre exclus par le parent qui est descendu d'un oncle de l'acquereur : Et il faut conclure pour la negative, & dire que ces deux parens estant en pareil degré au défunt, viendront tous deux par concurrence, parce qu'ils ont tous deux les conditions necessaires pour succeder à ces propres, estant du côté & ligne de l'acquereur, & n'y ayant personne de ce même côté & ligne qui les précede. Que si l'on dit ordinairement, que l'on ne fait point remonter les propres audelà de leur source, cela ne signifie autre chose, sinon que l'on ne distingue point les lignes au dessus de l'acquereur, c'est à dire, que les parens paternels & maternels de l'acquereur, ne font qu'une ligne, & que les propres n'appartiennent pas plûtôt aux uns qu'aux autres : parce que l'on ne peut pas les feindre propres avant qu'ils soient acquests, & faire remonter cette qualité de propres au dessus du temps de l'acquisition, qui est ce qui vient d'être expliqué dans le nombre précedent ; mais cela ne veut pas dire, qu'en ligne collaterale superieure, l'on soit exclus des propres, & que les parens qui sont au dessus du premier acquereur, ou leurs descendans, en soient privez. Aussi il n'y a disposition quelconque, principalement dans la Coutume de Paris, qui puisse autoriser cette exclusion ; & l'Arrest des Courtilliers, que Papon, liv. 21. tit. 1. Art. 14. dit avoir suivi cette opinion, contre ce qui vient d'estre établi cy-dessus, & qui est rapporté par Monsieur Loüet, lettre P. nomb. 28. & se trouve en forme dans le Traité de l'oncle & du neveu, n'étoit point en cette espece : mais a decidé seulement ce qui a esté établi cy-dessus, que pour succeder à un propre, il suffit d'estre parent du côté & ligne de l'acquereur, soit du côté de son pere ou de sa mere : parce que l'un & l'autre côté ne fait qu'une ligne, qui s'appelle *la ligne de l'acquereur*.

Il faut donc conclure en general, que quiconque est le plus proche parent du défunt du côté & ligne de l'acquereur, soit qu'il soit dans la ligne collaterale superieure ou inferieure, doit estre preferé dans les propres, pourvû qu'il n'y ait aucuns descendans de l'acquereur, qui sont toûjours preferez. A quoy il faut ajoûter, que l'on a reprouvé par un usage contraire une certaine opinion, qui a du rapport à la question dont il s'agit, qu'entre collateraux celuy-là estoit preferé pour la succession, qui avoit un pere commun avec le défunt, de la succession duquel il s'agit, dans une classe plus prochaine, & qu'à ce titre il l'emportoit sur ceux qui avoient un pere commun avec le défunt ; mais dans une classe plus éloignée, quoiqu'ils fussent en même degré ; que par consequent si quelqu'un laissoit un fils de son cousin germain, vulgairement appellé *issu de germain*, & un fils de son grand oncle, le fils du cousin germain devoit estre préferé : parce que le pere commun de luy & du défunt, estoit l'ayeul du défunt ; au lieu que le pere commun du fils du grand oncle & du défunt estoit le bisayeul du défunt, quoique Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, titre des Successions, art. 10. ait esté de cet avis. Et cecy fait un Droit uniforme pour les meubles & acquests, & pour les propres ; & comme le plus proche est toûjours preferé pour les meubles & acquests, sans qu'on s'arreste à toutes ces distinctions, aussi le plus proche du côté & ligne de l'acquereur, à l'égard des propres.

9. De l'opinion de ceux qui estiment que celuy-là doit estre preferé dans les propres en collaterale, qui a un pere commun avec le défunt dans une classe plus prochaine.

Il faut parler à present de la confusion qui se fait en la personne d'un fils, heritier de son pere & de sa mere, & qui empêche souvent que les actions ne passent dans la ligne collaterale

10. De la confusion qui se fait en la personne d'un

Fils heritier du pere & de la mere par rapport aux clauses de stipulation de propres, & aux rentes constituées.

aprés la mort du fils, ce qui se presente en diverses especes. Par exemple, l'on a proposé autrefois cette question. Un particulier, debiteur d'une rente de cinq cens livres, avoit épousé celle à qui il devoit cette somme, qu'il avoit prise avec ses droits: cette femme deceda étant encore mineure, & laissa un enfant du mariage; qui deceda majeur, laissant des heritiers paternels, & des maternels: ceux-cy demanderent la continuation de la rente, & prétendirent qu'il ne s'en étoit point fait de confusion en la personne du fils: parce que la rente étoit un droit immobilier, non sujet à confusion, d'autant plus que la femme, dont ils étoient heritiers mediats, étoit morte en minorité; & qu'ainsi son bien n'ayant pû changer de nature de son vivant, suivant l'art. 94. de la Coutume de Paris, ce n'étoit point un simple remploy qui étoit dû; mais un bien réel & effectif, & une rente constituée.

Cette proposition ne recevant pas de replique, il faut examiner si la confusion a lieu pour une rente constituée, qui est reputée immeuble parmi nous. Et 1. Si elle a lieu pour les droits réels. 2. Si supposé qu'elle n'eût pas lieu pour les droits purement réels, elle auroit lieu au moins pour des rentes constituées, qui ne sont des immeubles que par fiction. Et il est constant en Droit, que la confusion, qui se fait par la concurrence de deux qualitez incompatibles, éteint & amortit les obligations personnelles principalement: Or une rente constituée est une obligation personnelle, & les hypoteques qui y sont attachées, suivent en ce rencontre le sort de l'obligation personnelle, dont elles sont accessoires, suivant la disposition précise de la Loy 43. *ff. de solut.* qui dit, *in omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur.* D'ailleurs quand le fils creancier du chef de sa mere, devient proprietaire des biens de son pere, sur lesquels la rente de sa mere étoit affectée & hypotequée, l'hypoteque s'éteint d'elle-même, parce que *res sua nemini servit, L. neque pignus 45. de reg. jur.* En second lieu, il y a même dans le Droit plusieurs exemples de droits réels & immobiliers, qui s'aneantissent par la confusion: puisque non seulement l'usufruit se confond; mais aussi les servitudes réelles, suivant la Loy 30. *ff. de servitut. prad. rustic.* & principalement les hypoteques, à plus forte raison, une rente constituée, qui n'est qu'un immeuble fictif, est-elle sujette à confusion, étant impossible de concevoir qu'une personne se puisse devoir une rente à elle-même, & conserver des hypoteques sur ses propres biens. Aussi l'on est revenu depuis long-temps de cette vieille erreur, qui avoit pourtant d'illustres Sectateurs, & laquelle, pour étendre la regle *paterna paternis*, audelà de ses bornes naturelles, & pour conserver, par exemple, des actions de remploy aux heritiers du côté d'une femme, faisoit passer par dessus la confusion, qui resulte du concours de deux qualitez incompatibles, & sans avoir égard à cette confusion, qui est des plus purs principes de l'une & de l'autre Jurisprudence, faisoit revivre, aprés la mort d'un fils majeur, les actions de remploy & de stipulation de propres. Comme aussi l'on ne distingue plus les dettes qui viennent du côté du pere, d'avec celles qui viennent du côté de la mere, en la succession du fils decedé majeure: & nous appliquons, à cet égard, la maxime qui dit, que *hereditas adita non est amplius hereditas; sed patrimonium heredis, L. 1, ff. de adquir possess.* & les unes & les autres dettes sont considerées purement & simplement, comme les dettes du fils decedé. Il faut donc dire en cette espece, que la rente est éteinte, & amortie, soit que la femme soit decedée en majorité, auquel cas elle n'avoit qu'une simple action de remploy, qui étant pure mobiliaire, a esté confuse en la personne de son fils; soit qu'elle soit decedée en minorité, auquel cas il a esté dû à la verité une rente; mais cette rente s'est pareillement éteinte par la confusion & la concurrence qui s'est faite en la personne de son fils, des deux qualitez incompatibles de creancier & de debiteur.

41. Que cette confusion a lieu pour une rente constituée.

12. Exemples de droits réels qui s'éteignent par la confusion.

Et pour satisfaire à present aux objections que proposent ceux qui sont d'opinion contraire. La premiere resulte de la Loy *Debitor ff. ad Senatusc. Trebellianum*, où il est dit, que quelqu'un étant institué heritier par son debiteur, recouvre sa creance, aprés avoir restitué la succession, en vertu d'un fideicommis: d'où ils inferent, que la confusion qui vient de la concurrence de deux qualitez incompatibles, n'est pas toûjours perpetuelle.

13. Réponse à une objection tirée de la Loy *Debitor ff. ad Senat. Trebell.*

Il faut convenir pour répondre à cette objection, que quand la cause de la confusion n'est pas perpetuelle, la confusion ne l'est pas non plus, & que l'action, en ce cas, n'a esté qu'en suspens. Ainsi un acheteur évincé par un retrait, feodal, lignager, ou conventionnel, rentre dans les droits & hypoteques, qui avoient esté confuses lors de son acquisition, selon du Molin, sur le §. 13. de la Coutume de Paris, gl. 5. ce qui arrive aussi en fait de revocation de donation, *ob supervenientiam liberorum*, & en fait de restitution, fondée sur lezion d'outre moitié de juste prix, & cela est appuyé de la Loy 18. *ff. de servitut.* qui dit, *in omnibus servitutibus, qua aditione confusa sunt, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi*, sur la Loy 26. & la Loy 95. §. 8. *ff. de solut.* A quoy semble conforme l'article 15. de l'Ordonnance de 1441. Mais tous ces exemples ni ces dispositions n'ont pas d'application à l'espece où la cause de la confusion, qui vient de l'addition faite par un fils en pleine majorité, lequel n'est obligé à aucune restitution, est une cause perpetuelle, dont l'effet, par consequent, doit aussi être perpetuel.

La seconde objection est de dire, que les immeubles & propres fictifs, soit que la fiction procede de la Loy, comme à l'égard des Offices & des rentes constituées; soit qu'elle vienne de la disposition de l'homme, comme dans le cas d'une realisation & stipulation d'employ, doivent imiter les immeubles & propres naturels, & que c'est une maxime, que *tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero:* & qu'ainsi, comme aprés la mort d'un fils decedé majeur, l'on distingue en sa succession les biens paternels d'avec les biens maternels, à l'égard des propres réels, sans que l'addition ait confondu les uns avec les autres, & nonobstant la maxime du Droit Romain, qui dit, que *hereditas adita non est amplius hereditas; sed patrimonium heredis*, l'on doit faire le même à l'égard des propres fictifs.

14. Réponse à une autre objection tirée de la regle *tantum operatur fictio in casu ficto.*

La réponse à cette objection est, que la fiction fait bien que la rente soit reputée réelle, & que les deniers realisez soient reputez immobiliers: de même elle fait que l'action pour la rente & pour le recouvrement des deniers realisez, est reputée réelle; mais elle n'empêche pas que cette action ne soit un Droit incorporel: ensorte qu'il faut considerer une rente comme un droit de servitude réelle, qui est toûjours veritablement un droit incorporel, & comme le droit d'un

usufruit ou d'une succession, qui produit des choses corporelles, & ne laisse pas d'estre incorporel, suivant le §. 2. *de reb. corpor. & incorpor.* aux Instit. & quelque fiction qu'on veüille faire, il est difficile d'empêcher qu'il n'y ait une notable difference entre un droit de passage ou d'hypoteque, & la proprieté d'un heritage. La fiction a ses bornes & ses limites, & c'est pour cela qu'il est dit dans le Droit, qu'un fils naturel n'est jamais reputé un fils adoptif, quelque adoption qui en soit faite. *Nam in omni ferè jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur*, dit Papinien en la Loy *filio quem 23. ff. de lib. & posth.* Or les droits incorporels & les actions, quoique réelles, ou reputées telles, à raison de la qualité des choses qu'elles poursuivent, sont particulierement sujettes à la confusion, comme il paroît dans l'exemple des servitudes réelles, & dans la Loy 30. *ff. de servitut. præd. rust.* la Loy 26. & la Loy derniere *ff. de servit. præd. urb.* Ainsi, quoique par la regle *paterna paternis*, l'on a empesché que deux heritages, dont l'un est paternel, & l'autre maternel, ne se confondent l'un avec l'autre dans la possession d'un même heritier, cette regle ne peut pas empescher de même, que la dette active, & la dette passive, ne se confondent en une même personne, ni faire qu'un même heritier soit creancier & debiteur, & qu'il ait hypoteque sur son propre bien : parce qu'il y a une difference invincible entre ces choses, l'heritage se confond plus difficilement, dautant qu'il a un être réel : mais la rente ou la somme realisée se confond & s'éteint plus aisément, & la qualité de propre qui n'est qu'accessoire, & adherente à la chose, s'éteint avec elle.

Que si dans un exemple approchant l'on ne distingue point d'où procedent les dettes, si du côté paternel, ou maternel, qui est au cas qu'elles ont esté une fois réünies en la personne d'un fils heritier, quoique l'on distingue les biens, ce qui marque que l'on estime que les choses incorporelles se confondent bien plus aisément que les corporelles, & si la regle *paterna paternis* n'a pas pû faire, que les heritiers paternels d'un fils decedé sans enfans, fussent obligez d'acquitter les dettes paternelles, & qu'elles ne fussent point du tout à la charge des heritiers maternels, pourquoy cette même regle soutiendra-t-elle, en la personne de ce même fils, la qualité d'agent & de patient, de creancier, & de debiteur ? Pourquoi empeschera-t-elle la confusion dans le cas de la concurrence de qualitez si incompatibles que celles-là ? Et il ne faut pas dire que l'intention des parties contractantes, qui ont fait une stipulation de propres, a esté que la chose passât à leurs collateraux, sans que l'action en fût éteinte par la confusion. Car s'ils ont songé à la succession des collateraux, ç'a esté principalement en ce cas qu'ils n'eussent point d'enfans. 2. Ils n'ont pas entendu qu'ayant des enfans, ils seroient creanciers & debiteurs d'eux-mêmes pour conserver la chose realisée aux collateraux.

15. Réponse à quelques exemples où la confusion n'est pas perpetuelle. Enfin, tous les exemples qui sont alleguez par ceux qui soutiennent l'opinion contraire, servent à confirmer nôtre avis, & appuyent la distinction que nous avons faite entre la confusion, qui a une cause irrevocable & perpetuelle, & celle qui a une cause revocable & momentanée. Car ils disent en premier lieu, que si l'heritage du mari est chargé de quelque servitude envers l'heritage de la femme, que cette servitude revit aprés la mort de l'enfant commun, de même si le mari possedoit un fief, qui fut en la mouvance d'un autre fief appartenant à sa femme. Cependant tout cela ne doit pas être avancé indistinctement ; & 1. le droit du mari, comme maître de la communauté, & ayant en cette qualité l'usufruit des propres de sa femme, ne fait point de confusion perpetuelle & irrevocable, parce que le principe n'en est pas perpetuel, & ce droit finit avec la communauté. 2. Lorsqu'un enfant succede à son pere, qui avoit le fief servant, & à sa mere qui avoit le fief dominant, & qu'il decede en minorité, il est vray de dire, qu'il ne se fait point de réünion en la personne de cet enfant, dont le bien n'a pû changer de nature ; mais si cet enfant est decedé en pleine majorité, la mouvance est éteinte & amortie, & le fief servant est réüni au domaine du fief dominant, à moins que le fils n'eût fait une declaration contraire lors de l'addition de celle des deux successions qu'il a recueillie la derniere, & qui devoit faire la confusion ; ce qui sera expliqué plus au long dans le Chapitre de la succession des Fiefs, Section 1.

Que si la chose dépendoit des autoritez, il y en a une qui doit estre considerable au Barreau, c'est la Consultation du 16. Mars 1661. vulgairement appellée la Mercuriale, laquelle dit, en l'article 5. *Quand il y a des enfans qui ont recueilli les successions de leurs pere & mere, la confusion qui se fait par la concurrence de deux qualitez incompatibles, fait cesser l'effet de la stipulation de propres d'estoc, ou de côté & ligne, si lesdits enfans decedent majeurs. Mais leur decés arrivé en minorité, il n'y a point de confusion* : ce qui autorise nôtre opinion, tant à l'égard des propres fictifs, qui sont établis par la disposition de la Loy, qu'à l'égard de ceux qui dépendent de la convention de l'homme : & quoiqu'il faut demeurer d'accord, que l'ancienne doctrine étoit contraire, & que Monsieur d'Argentré, Maître René Chopin, & plusieurs autres, ont estimé que le concours des deux qualitez ne produisoit point en cette occasion la confusion, ou qu'au moins l'action renaissoit aprés la mort du fils heritier de ses pere & mere, & qu'il y ait même d'anciens Arrests qui autorisent cette opinion : neanmoins la nouvelle Jurisprudence est contraire, jusque-là même que quelques-uns prétendent que la confusion ne laisse pas d'avoir lieu, encore que le fils ait esté heritier beneficiaire du pere, & citent un Arrest du 16. Avril 1666. plaidans Maître de Monthelon & Maître Langlois, ce qui seroit contraire au privilege du benefice d'inventaire, lequel empeschant que l'heritier ne soit tenu *ultra vires* de la succession, empesche aussi qu'il ne confonde sa creance particuliere, & separe son patrimoine de celuy du défunt, à la succession duquel il peut faire créer un curateur, pour exercer contre luy les actions qu'il avoit contre le défunt, & même ce que le Droit ne semble point autoriser, nous dispensons l'heritier beneficiaire d'être poursuivi en ses propres biens, jusques à concurrence des biens du défunt. C'est pourquoi si un fils creancier du chef de sa mere, s'étoit porté heritier de son pere sous benefice d'inventaire, pourvû que l'on renonçât pour luy à la succession beneficiaire, & que l'on en rendit compte, il n'y auroit point eu de confusion en sa personne. Mais apparemment dans l'espece de cet Arrest, cette renonciation n'avoit pas esté faite : Ainsi l'on considera le fils, comme ayant recueilli les deux successions, & l'on jugea par cette raison, que nonobstant la realisation faite de la somme de 12000. livres, au profit de Magdeleine Denys, & des siens de son côté & ligne, l'Abbé

16. Autorité pour la confusion.

Marigny son fils, qui s'étoit porté heritier, comme aussi de Sebastien Archambaut son pere, avoit confondu cette dette en sa personne, & qu'aprés le decés de l'Abbé Marigny, elle ne passoit point aux collateraux.

17. Si la stipulation de propres étant faite au profit de la femme & des siens de son côté & ligne, & la femme étât decedée aprés sans enfans, & ayant laissé un cousin paternel & deux maternels, le cousin paternel aura autant à luy seul dans la sôme realisée, que les deux cousins maternels.

Aprés avoir examiné l'effet de la confusion, par rapport aux clauses de stipulation de propres, & avoir montré qu'elle empesche que la somme realisée ne passe aux collateraux, il faut reprendre la suite de ce que nous avions commencé, & continuer à discerner les collateraux, qui sont appellez à la succession des propres, & cela par application aux propres fictifs. Je demande donc si une somme ayant esté realisée au profit de la future épouse, & des siens de son côté & ligne, & cette personne au profit de qui la realisation a esté principalement faite, venant à deceder sans enfans, & sans pere & mere, laissant un cousin paternel, & deux cousins maternels, tous trois au même degré, ces trois cousins viendront par têtes; ou si le cousin paternel aura autant que les deux cousins maternels, ce qui dépend à mon avis de sçavoir, si la fille s'est mariée elle-même; ou si elle a esté mariée par un tuteur étranger, ou par son pere, ou sa mere, ou par ses pere & mere conjointement? Et il est indubitable que si la fille s'est mariée elle-même, ou qu'elle ait esté mariée par un tuteur étranger, le plus proche du côté & ligne indistinctement sera preferé, & qu'ainsi les cousins des deux côtez étant en égal degré, partageront par têtes & par égales portions, le cousin paternel n'ayant pas plus qu'un des cousins maternels, ☞ ce qui aura lieu, au cas même que la fille ayant renoncé à la succession de son pere ou de sa mere, n'ait rien eu de ce côté-là : car on ne considere pas tant l'origine & la dérivation des biens, que l'affection naturelle de la fille, qui semble égale pour ses deux lignes : & qui sans les distinguer, oppose sa ligne & sa famille, à la ligne & à la famille de son mari :] mais si les pere & mere ont doté, il semble que chacun a voulu pourvoir à sa ligne, & luy assurer ce qu'il donnoit, & ce qu'il realisoit au profit de ses parens du côté & ligne: car celuy qui ne veut pas que son gendre, ni les collateraux de son gendre profitent de ce qu'il donne, *ne labantur in diversam lineam*, n'est pas reputé souhaiter non plus que les collateraux de sa femme en profitent : comme en matiere de reversions, l'ayeul qui donne à sa petite-fille, avec clause du côté & ligne, exclut non seulement le mari de sa petite-fille, mais le mari de sa fille : ensorte que le côté & ligne se doit entendre en nostre espece, comme en celles-là, par rapport au donateur; étant naturel que chacun stipule plûtost pour ses heritiers, que pour ceux d'autruy : ce qui s'observe même dans les fideicommis faits au profit de la famille, dans lesquels on prefere les parens de l'heritier qui sont du côté & ligne du testateur. D'ailleurs, il est des regles que la fiction opere dans son cas à proportion de la verité : ensorte que l'on juge que dans les Coutumes soucheres, les propres conventionnels appartiennent à l'heritier des meubles & acquests, s'il ne se presente quelque heritier descendu de celuy de qui la somme est venuë, suivant l'Arrest du Mardy de relevée 17. Février 1655. plaidans Maistre Ravieres, & Maistre Pilot: ce qui neanmoins recevroit aujourd'huy beaucoup de difficulté : comme aussi dans la Coutume de Dreux & de Chartres, lorsque le mari employe les deniers dotaux, qui ont esté stipulez propres, à l'acquisition d'un fief, ce fief appartient entierement aux enfans du premier lit, en vertu de la disposition de ces deux Coutumes, qui donnent les propres tenus en fief aux enfans du premier lit, & les acquests tenus en fief aux enfans du second, suivant la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'article 89. de la Coutume de Dreux. C'est pourquoy en l'espece dont il s'agit, où l'on suppose la dot avoir esté constituée par les pere & mere, l'on doit considerer la somme realisée comme un immeuble, qui auroit esté donné pour moitié par le pere, & pour moitié par la mere, & qui se partageroit de même entre les heritiers des deux lignes, ce qui ne s'appelle pas *partage par souches*; mais *partage de lignes*, & ce qui est ainsi décidé dans l'art. 5. de la Consultation du 16. Mars 1661. appellée la Mercuriale, & est préjugé par quelques Coutumes, & entr'autres, par celle de Sedan, art. 28.

18. Qu'il faut distinguer par qui la fille a esté dotée, & la realisation stipulée.

☞ Il ne s'ensuit pas que si l'on a dit dans un contrat de mariage qu'il entrera une certaine somme de la dot dans la communauté, & que le surplus sera propre à la future épouse & aux siens de son côté & ligne, les immeubles déja propres d'ailleurs, changent de ligne, & que si elle n'en a que du côté maternel, il arrive par l'effet de la destination, dont nous venons de parler, qu'ils deviennent propres à l'une & l'autre ligne; cette stipulation de propres ne regardant que les meubles & effets mobiliers, & ne pouvant avoir effet à l'égard des immeubles, que pour ce qui regarde l'action de remploy; au surplus elle ne realise pas ce qui est déja réel, & ce qui est déja propre, qui ne peut pas devenir plus réel ni plus propre qu'il est déja, comme on ne pouvoit pas en Droit adopter son fils naturel qui n'étoit pás émancipé.]

Que si un pere a doté sa fille, & luy a donné une certaine somme, tant sur la succession échuë de sa mere, que sur sa succession future, avec clause de stipulation de propre à elle & aux siens de son côté & ligne, il semble que regulierement il faut distinguer, & qu'à l'égard de ce qui est donné sur la succession échuë, cela doit être consideré comme une dotation faite par un tuteur étranger des deniers de la fille; ou comme si elle s'étoit mariée elle-même. Car le pere est étranger, quant aux biens maternels, qu'ainsi cette partie, aprés la mort de la fille sans enfans, appartiendra à ses plus proches heritiers collateraux indistinctement, soit du côté paternel, soit du côté maternel, mais que ce qui est reputé donné par le pere, est affecté aux heritiers du côté paternel. Et comme par la derniere Jurisprudence du Palais, l'on épuise, en ce cas, tout ce qui étoit dû de la succession échuë, & que l'on ne repute donation que ce qui est audelà du prix de la même succession : parce que l'on présume que le donateur a voulu commencer par s'acquitter, ce qui a esté recemment jugé en la seconde des Enquestes par Arrest du 21. Avril 1682. au rapport de Monsieur Monchal, entre Marguerite Foy, tutrice de ses enfans mineurs, d'une part, & Claude de Regnonval, aussi tuteur de ses enfans mineurs : il semble par la même raison, qu'il n'y a que l'excedant du prix de la succession maternelle, qui soit affecté à la ligne paternelle; mais que la donation, jusques à concurrence de ce qui étoit dû pour cette succession échuë, doit appartenir aux plus proches heritiers de sa fille, soit du côté du pere, soit du côté de la mere.

19. *Quid* si le pere a donné tant sur la succession échuë que sur la sienne, avec stipulation de propre à la future & aux siens de son côté & ligne.

Voilà, encore un coup, ce qui seroit de la derniere regularité & de l'exactitude des maximes : & nonobstant cela il faut dire en faveur de l'égalité des lignes, que si l'on présume que le pere a realisé ce qu'il donnoit en faveur de sa ligne

20. Resolutiô qu'en ce cas le pere n'a realisé en faveur de

sa ligne que ce qu'il donnoit *de suo.*

seulement, il faut conclure, par une consequence necessaire, qu'en réalisant aussi le surplus, il l'a fait au profit de la ligne maternelle. D'ailleurs, dés lors que l'on distingue dans le total de ce qui a esté donné, ce qui l'a esté pour la succession échüe de la mere, d'avec ce qui vient de la liberalité du donateur, la raison pour laquelle l'on appelle concurremment les heritiers paternels, & les maternels, qui sont en égal degré, quand la fille s'est dotée elle-même, cesse aussi-tost : car on les appelle ainsi concurremment : parce que les biens qui composent la dot que la fille se constituë, sont confondus, & lorsqu'elle les realise ainsi, on ne distingue point d'où ils procedent, mais ils paroissent seulement proceder d'elle, & par consequent suivent son côté & ligne indistinctement ; mais dans l'espece particuliere on distingue les deniers qui procedent du côté maternel : parce que l'on évaluë ce que le pere a payé, pour trouver ce qu'il a donné : ainsi comme ce qu'il a donné du sien, est propre du côté paternel ; aussi ce qu'il a payé pour la succession de la mere, est propre du côté maternel.

21. Autre opiniõ que tout est dû indistinctement aux plus proches heritiers collateraux.

Il faut être averti neanmoins, que les avis sont un peu partagez au Palais sur cette matiere, plusieurs estimant que, soit que la fille se marie elle-même, soit qu'elle soit mariée par un tuteur étranger, soit par ses pere & mere, soit par l'un des deux, ce qui est realisé au profit d'elle & des siens de son côté & ligne, appartient indistinctement à ses plus proches heritiers collateraux, sans distinguer, si c'est du côté paternel, ou du côté maternel, parce que, disent-ils, la realisation ne se fait que contre le mari, & contre la ligne du mari, *indistinctè contra maritum* ; & non pour distinguer les lignes superieures de la personne dotée, ce que les termes mêmes de ces sortes de realisations dénotent assez : puisque l'on realise ordinairement au profit de la future épouse, & des siens de son côté & ligne, ce qui étant stipulé par des pere & mere qui font la donation, ne se peut rapporter qu'au côté & ligne de la femme : car autrement les parens realiseroient au profit de la fille & des siens de leur côté & ligne.

22. Refutation de cette opinion.

Mais ce raisonnement reçoit sa réponse : car quoique la realisation se fasse principalement contre le mari, neanmoins il est necessaire qu'elle soit faite au profit de quelqu'un, & le pere qui stipule est reputé la faire au profit de son côté & ligne, qu'il luy est naturel de distinguer & de gratifier, & chacun ayant cette juste prédilection pour sa ligne, la fille qui se marie elle-même stipule au profit de sa ligne, & le pere qui la marie stipule au profit de la sienne : Que si le pere & la mere la marient conjointement, quoiqu'ils realisent au profit de son côté & ligne, cela s'entend du côté & ligne de chacun des deux donateurs : parce que la donation qui se fait au nom du pere & de la mere conjointement, se reduit à une donation particuliere faite par le pere, & à une faite par la mere, & étant necessaire de présupposer que dans la donation generale, il y a deux donations particulieres, qui y sont comprises, le mot *de son côté & ligne* convient assez, se pouvant rapporter à chacune de ces deux donations particulieres. C'est ainsi que l'on dit, en matiere de substitutions, que quelqu'un instituant deux heritiers, & leur substituant un tiers, au cas que l'un & l'autre meurt sans enfans, cette disposition generale se reduit en des dispositions particulieres, & que le testateur a substitué le tiers au premier des deux heritiers qui decederoit sans enfans, & a substitué ce même tiers au second, quand il viendroit aussi à deceder sans enfans, suivant la Loy *Heredes mei 57. §. cum ita ff. ad Senatusc. Trebell.* d'où l'on a tiré cette maxime, que *pluralitas resolvitur, in suas singularitates.* Et cette explication est d'autant plus équitable, dans l'espece particuliere, qu'elle est fondée sur cette présomption, que celuy qui veut que les parens de sa fille soient preferez à son gendre, souhaite aussi que ses propres parens collateraux soient préferez à ceux de sa femme, suivant l'exemple cy-dessus rapporté.

23. Quid si le pere a marié sa fille avec ses droits maternels, & a realisé.

Enfin, si le pere a marié sa fille avec ses droits maternels seulement, lesquels consistent en effets mobiliers, sans luy rien donner du sien, & a stipulé que sa dot luy seroit propre *à elle & aux siens de son côté & ligne*, il faut considerer cette dot & cette stipulation, comme si la fille se l'étoit faite elle-même, auquel cas les plus proches parens de la fille decedée sans enfans, sans distinguer si du côté paternel, ou du côté maternel, auroient succedé à cette somme. En effet, le pere ne donnant rien du sien, il fait la stipulation pour sa fille, & au lieu & place de sa fille : ainsi il ne peut déja point affecter à sa propre ligne, ce qui ne procede pas de sa liberalité ; mais aussi il n'exclut pas sa propre ligne qui vient en concurrence avec la ligne maternelle, de la même maniere, que si la fille à qui il preste sa voix, & pour qui il stipule, avoit fait la realisation. Que si la fille n'ayant de biens échûs que des effets mobiliers du côté de sa mere, avoit stipulé que ces effets luy seroient propres *à elle & aux siens, de son côté & ligne*, cela comprendroit tous ses parens collateraux indistinctement : car étant également de la ligne du pere & de celle de la mere, elle n'est point présumée avoir plus d'affection pour l'une que pour l'autre : & les meubles n'ayant point de ligne, & étant des biens indifferens, ils ne deviennent de ligne que par rapport à la personne à qui ils appartiennent : c'est pourquoy si c'est le pere qui donne, & qui realise, ils deviennent de la ligne du pere, indistinctement ; si c'est la mere, ils deviennent de la ligne de la mere, & si c'est la fille à qui les meubles appartiennent, qui fait la stipulation de propres, ils deviennent indistinctement du côté & ligne de la fille, l'on ne remonte point plus loin, & les parens paternels & maternels de la fille y viennent concurremment. D'où il s'ensuit, que quand le pere marie sa fille avec ses droits, mais qu'il ne donne rien du sien, comme il n'est pas plus consideré, en ce cas, qu'un tuteur étranger, la stipulation de propre qu'il fait, est considerée comme si la fille se l'étoit faite elle-même, & est reputée faite par elle, & par consequent suit les mêmes Loix ; & regarde indistinctement ses plus proches parens collateraux. Car de dire, comme font quelques-uns, que quand le pere marie sa fille avec ses droits maternels, & qu'il stipule que les effets mobiliers qui les composent, seront propres à elle & aux siens de son côté & ligne, il est présumé les affecter à la ligne de sa femme, c'est supposer le pere plus affectionné à la ligne de sa femme, que la fille, pour qui il fait la stipulation. D'ailleurs c'est remonter à la source & à l'origine des meubles, ce qui est contre les regles, si cela n'est appuyé sur une destination.

24. Opinion de ceux qui estiment que si l'on peut suivre la dérivation des meubles de

Ceux qui s'attachent à l'opinion contraire, prétendent, que quand une fille a des droits mobiliers échûs, qui se distinguent aisément : par exemple, quand elle a succedé à son pere ou à sa mere, alors la stipulation de propre ne regarde que les parens du côté & ligne dont ces droits procedent, & qu'il en est de même lorsque le

la fille dotée, elle dirige la realisation. pere marie sa fille avec ses droits maternels, sans luy rien donner du sien ; mais que si la fille a divers droits qui se confondent aisément, la stipulation de propre qu'on luy fait, ou qu'elle se fait elle-même, regarde également tous ses parens, soit du côté paternel, soit du côté maternel.

25. Refutation de cette opinion. Cette distinction doit estre rejettée par deux raisons. La premiere, qu'elle est contraire à l'esprit de nôtre Jurisprudence, selon lequel l'on ne recherche gueres l'origine des meubles. ***Mobilia propriè paterna vel materna dici nequeunt: cum jus lineæ vel stirpis in mobilibus non procedat***, dit Maistre René Chopin, sur la Coutume d'Anjou, liv. 2. chap. 2. tit. 2. nomb. 3. Aussi la possession des meubles est reputée vile & abjecte, selon la Loy ***Si rem mobilem ff. de adquir. possess.*** C'est pourquoy dans nôtre usage, ils ne sont point susceptibles d'hypoteque, ni compris dans le droit de reversion : & c'est pour cela encore qu'il faut tant de précautions differentes, en matiere de subrogations, pour suivre l'origine des sommes mobiliaires. Ainsi la fiction qui les realise, doit commencer par la personne pour qui se fait la stipulation, ou tout au plus par la personne du donateur, & ne doit point remonter plus haut : parce que la fiction, dont l'effet est de changer la nature des choses, doit estre restrainte.

La seconde, que cette distinction oblige à une recherche presque impossible : car comment reconnoistre d'où procede la somme realisée par une fille, quoiqu'elle ait une succession échuë? Les patrimoines, comme les fleuves, augmentent ou diminuent dans leur cours : & il n'y a point de caractere particulier, qui distingue l'origine des deniers, & qui separe ceux qui viennent d'une succession, d'avec ceux qui procedent de quelque autre cause. Il est donc beaucoup plus expedient de dire, que la fille qui se marie elle-même, & qui realise des deniers, avec clause ***de côté & ligne***, quoiqu'elle ait une ou plusieurs successions échûës, est reputée realiser indistinctement au profit de ses plus proches parens collateraux, soit du côté paternel ou maternel, & qu'il en est de même quand le pere la marie avec ses droits sans luy rien donner ; mais que si le pere donne quelque chose du sien avec pareille clause, il est présumé l'affecter à sa ligne particuliere.

26. La stipulation de propre qui tombe sur le remploy, ne s'entend pas sur la reprise. On a proposé une autre question. Un pere a doté sa fille de plusieurs heritages, qu'il a stipulé propres ***à elle & aux siens de son côté & ligne;*** il a esté ajoûté dans le contrat de mariage, qu'en cas qu'il fût fait quelque alienation de ces propres pendant le mariage, le mari seroit tenu de faire le remploy en autres heritages, qui seroient pareillement propres à la future épouse, & aux siens de son côté & ligne, & que si le remploy n'en estoit fait durant le mariage, il seroit fait aprés la dissolution de la communauté sur les effets de la communauté, & subsidiairement sur les propres du mari, & l'on en est demeuré là. Pendant le mariage il a esté alienė des biens ; mais l'on n'en a fait aucun remploy. Il est né un fils du mariage, qui a esté heritier du pere & de la mere, mais qui est mort en minorité : la question est de sçavoir si la confusion n'ayant point eu lieu en la personne de ce fils decedé en minorité, les heritiers paternels & les maternels indistinctement succedent à ce remploy ; ou si les heritiers maternels y succedent seuls, & ont droit de l'exercer contre les heritiers paternels : en un mot, si cette action de remploy est mobiliaire, ou si elle est propre, & si la stipulation de propre qui est faite sur les heritages donnez, qui est repetée à l'égard des heritages qui seront nouvellement acquis par le mari, au lieu & place de ceux qu'il aura alienez, est censée reïterée dans le dernier cas, c'est à dire, supposé que le mari n'ait point fait de remplacement de son vivant, & qu'il reste à faire aprés son decés sur les effets de la communauté, ou sur ses propres.

Et pour ne point tirer la chose en une importune longueur, j'estime que l'action est pure mobiliaire, parce que la clause ***de côté & ligne*** n'a point esté apposée pour le cas qui est arrivé ; mais que l'on s'est contenté de stipuler un remploy à l'ordinaire : Or il en est de même des clauses de stipulation de propres, que des clauses de reprise, on les execute dans tous les cas, où elles ont esté stipulées ; mais on n'y supplée jamais aucun cas, parce que comme elles sont contre le Droit commun, elles sont aussi de rigueur & de Droit étroit ; l'on peut même dire en general, que l'on ne supplée, & l'on n'ajoûte pas à la lettre des contrats entre-vifs, comme l'on fait à l'égard des testamens, suivant les Loix 12. & 34. *de reg. jur.* Ainsi un certain Arrest du 4. May 1646. qui est rapporté dans le liv. 4. du Journal des Audiences, & qui semble avoir jugé le contraire, est sujet à explication, & il y avoit dans l'espece de cet Arrest une circonstance qui n'a pas esté bien expliquée : en voicy l'espece de la maniere qu'elle est rapportée dans ce Journal. 27. Réponse à un Arrest du Journal. Il avoit esté convenu dans un contrat de mariage, que les deniers de la future épouse seroient employez en achat d'heritages ou rentes, qui luy seroient propres ***à elle & aux siens de son côté & ligne;*** & qu'en cas de vente, ou de remboursement de ces heritages ou rentes, le remplacement qui en seroit fait, tiendroit même nature : & qu'où le remplacement n'auroit pas esté fait, la reprise s'en feroit sur la communauté & sur les propres du mari. La femme deceda, & ensuite un fils unique du mariage, dans la succession duquel la reprise fut contestée entre le pere, & les heritiers maternels. Le pere soûtenant, que la reprise n'estant affectée à la ligne, estoit mobiliaire ; & les heritiers maternels, que tous ces degrez ne composoient qu'une seule & unique clause, & que les deniers estant une fois realisez avec clause de côté & ligne, cette même clause estoit censée repetée pour la reprise, ce qui fut jugé par cet Arrest. Voilà au moins la maniere dont cet Auteur le rapporte. Pour moy j'estime que le dénoüement de cet Arrest est, que le pere n'ayant fait aucun remploy, ou ayant revendu aprés avoir employé sans avoir fait de second employ, ce qui est le même, au respect d'un mari, qui a reçû des deniers, la chose estoit demeurée propre à son égard, suivant les maximes ordinaires. Autre chose seroit à l'égard de fonds donnez avec stipulation de propres, & clause de remploy en heritages de pareille nature, & de reprise sur la communauté & sur les propres du mari. Car la clause de stipulation de propres n'estant point inserée dans la stipulation de reprise, l'action de reprise est mobiliaire, quand les propres ont esté alienez, & qu'ainsi elle ne poursuit que des deniers.

La principale objection que l'on peut faire contre nôtre décision principale, est que dans les clauses de realisation, ce qui est stipulé sur la somme realisée, est censé stipulé pour l'action : d'où il semble que le même doit avoir lieu dans les clauses de remploy, en cas d'alienation des heritages propres. 1. Parce que l'heritage vendu

se convertir aussi en deniers, & qu'il n'y a pas de difference entre des deniers procedans de la vente d'un propre, & des deniers donnez en mariage. 2. Parce qu'il y a autant de negligence de la part du mari, de ne pas remployer le prix d'un propre de sa femme qu'il a vendu, que de ne pas employer des deniers qui luy ont esté apportez par sa femme, & dont il a promis un employ, & que par consequent en l'un & l'autre cas, il doit porter une égale peine de sa negligence, qui consiste, en ce que l'action soit reputée propre contre luy & les siens.

Je réponds, que la raison de difference est, que quand on realise des deniers, l'on ne peut realiser que l'action pour le recoûvrement de ces mêmes deniers : car les deniers s'évanouissent dés qu'ils sont reçûs : aussi c'est un bien qui consiste tout dans l'action ; mais que l'on ne fait pas la même chose quand on stipule un remploy des propres, qui seront alienez pendant le mariage, & qu'on ajoûte, que les heritages ausquels on aura employé le prix de la vente, seront pareillement propres, & qu'à faute de remploy le prix sera repris sur la communauté, & subordinément sur les propres du mari : car, en ce cas, on ne stipule point les deniers propres comme dans l'espece de la simple realisation; mais toute la fiction tombe sur les heritages nouvellement achetez. Autre chose seroit, s'il estoit dit dans la clause, qu'en cas qu'il fût aliené des propres, le prix en seroit propre. Ce que l'on peut appuyer par cette maxime, qu'il ne faut jamais donner à la fiction que l'effet qui est absolument necessaire : Or dans nôtre clause, l'effet necessaire est, que les heritages nouvellement acquis soient reputez propres. Les parties n'ont stipulé que cela, & cet effet suffit.

Cette réponse sert à ce qui est dit de la negligence du mari. Car on se doit contenter de la peine exprimée dans nôtre clause, qui est la reprise sur la communauté & sur les propres du mari. Les parties qui l'ont exprimée, n'ont voulu que cela ; autrement ils auroient dit que l'action seroit propre, ou que les deniers de la vente demeureroient propres.

L'on insiste, & l'on dit contre nôtre décision qu'il y a trois clauses dans les termes dont il s'agit, qui sont relatives, & dépendent les unes des autres. La premiere, par laquelle on a stipulé les heritages de la dot propres *à la future & aux siens de son côté & ligne*. La seconde, par laquelle on a dit, qu'en cas de vente de ces heritages, le prix seroit employé en autres heritages, qui seroient propres *à la future épouse & aux siens de son côté & ligne*. La troisiéme, qui est celle dont il s'agit, par laquelle on a dit, qu'*en cas que le remploy n'eût esté fait pendant & constant le mariage, il seroit fait aprés la dissolution, premierement sur les effets de la communauté, & subordinément sur les propres du mari :* Or, dit-on, les parens collateraux qui sont appellez dans la premiere & dans la seconde clause, sont les mêmes qui doivent reprendre les propres sur la communauté, & subordinément sur les propres du mari dans le cas de la troisiéme clause.

A quoy je réponds, que ce raisonnement n'est fondé que sur une présomption, & cela, en une matiere où l'on ne supplée jamais, dés qu'il y a un effet necessaire qui peut suffire. On a dû dire au profit de qui seroit fait le remploy, ou realiser l'action, ou dire que le prix de la vente seroit propre, pour affecter la somme aux parens collateraux, la derniere clause est indépendante des deux autres, comme l'on juge en matiere de communauté, que quand les enfans sont avec leur mere dans la clause, portant faculté de renoncer, & qu'ils ne sont pas dans la clause de reprendre franchement & quittement, la reprise n'appartient qu'à la mere.

Il a esté observé cy-dessus que la fiction, en matiere de stipulation de propres, opere ordinairement autant que la verité ; & il en a esté cité trois exemples. Le premier, que dans les Coutumes soucheres, la somme stipulée propre avec clause de côté & ligne, ne regarde que ceux qui sont descendus de celuy qui l'a apportée dans la famille, & que lorsqu'il n'y a point d'heritiers de cette qualité, elle est considerée comme un acquest, & appartient au plus proche heritier : en quoy cette clause & cette fiction imitant la verité, en a moins d'étenduë en ce cas particulier : car aprés le decés des enfans nez du mariage, il n'y a que les collateraux qui sont descendus du pere qui a donné, qui puissent profiter de la somme realisée : & lorsqu'il ne s'en trouve point, elle passe necessairement au conjoint, quand il en reste un : ce qui limite dans ces Coutumes l'effet de la stipulation de propres. [☞ Il y en a un Arrest du 17. Decembre 1655. rendu pour la Coutume de Melun, qui est Coutume souchere, & rapporté au Journal des Audiences, tom. 1. liv. 8. chap. 26. de la derniere Edition.] Le second exemple est, que dans les Coutumes de Chartres & de Dreux, lorsque le mari a employé les deniers stipulez propres en heritages feodaux, les fiefs ainsi acquis appartiennent aux enfans du premier lit, comme veritables propres tenus en fief, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 89. de la Coutume de Dreux : Le troisiéme est, que quand le pere & la mere ont donné avec clause de stipulation de propre à leur fille, & aux siens de son côté & ligne, l'un & l'autre estant présumé avoir fait cette stipulation pour sa ligne, de même que si les pere & mere avoient donné une maison d'acquest, la moitié de cette maison seroit affectée à la ligne paternelle, & l'autre moitié à la ligne maternelle, la somme realisée se partage icy entre les deux lignes : ensorte que s'il y a trois cousins en égal degré, dont un est du côté paternel, & les deux autres du côté maternel, le cousin paternel aura la moitié, & ainsi le partage se fait non par souches, mais par lignes, puis par testes dans chaque ligne. Il suffit de ces trois exemples pour verifier la maxime, que dans les propres conventionnels, la fiction imite la verité : il faut à present établir les exceptions de cette regle.

18. Des effets de la fiction dans la stipulation de propres, & de la regle, *tantum operatur fictio in casu ficto.*

La premiere est, que la fiction des propres conventionnels n'est que pour les communautez & les successions, & non pour les dispositions entre-vifs ou testamentaires : ensorte que l'on peut disposer d'un propre fictif, comme d'un veritable meuble. L'on avoit neanmoins douté autrefois de cette proposition : parce qu'il sembloit qu'inutilement un pere, par exemple, affectoit à sa ligne un bien dont il seroit permis à sa fille de disposer ; mais nôtre Jurisprudence s'est établie sur deux raisons. La premiere, que les stipulations de propres ont pour principal objet l'exclusion du conjoint & de sa ligne, *indistinctè contra maritum :* La seconde, que nous estimons qu'une liberalité diminuë beaucoup de son prix, quand il n'est pas permis au donataire de disposer des choses données : & c'est pour cela que nous n'avons pas reçû le droit de reversion de la maniere qu'on l'a admis dans les Provinces de

19. Exceptions de cette regle dans la matiere des propres fictifs.

Droit

Droit écrit, & que nous n'avons point voulu qu'il fit obstacle à la disposition entre-vifs ou testamentaire. Nous estimons de même, que les ameublissemens ne sont que pour la communauté : ensorte que l'immeuble ameubli par la femme, à l'effet d'entrer en sa communauté, n'est point sujet à la disposition de l'art. 279. de la Coutume de Paris, qui oblige la femme, qui se remarie, de reserver les conquests de sa premiere communauté aux enfans de son premier lit, & la femme en peut disposer comme de ses propres biens, parceque l'on ne doit jamais faire passer la fiction d'un cas à un autre.

30 Si la réalisation empêche de disposer entre conjoints.

Il y a plus lieu de douter, si dans les Coutumes où il est permis de se donner entre conjoints, ils se peuvent donner des propres fictifs. Ce qui se peut proposer pour la Coutume du Maine, laquelle en l'article 334. permet aux conjoints de se donner par donation simple ou mutuelle, testamentaire ou entre-vifs, leurs meubles & conquests en usufruit, quand ils ont des enfans, & en pleine proprieté, lorsqu'ils n'ont point d'enfans.

Raisons pour l'affirmative.

Il semble que cette réalisation au profit de la future épouse, & des siens de son côté & ligne, établit une preference perpetuelle de la famille au conjoint, laquelle, selon les termes generaux de la clause, ne concerne pas moins la disposition, que la communauté & la succession: & que c'est la même chose que si l'on disoit, toutes les fois que le conjoint pourroit venir à quelque titre que ce soit, de communauté, de succession, ou de disposition, alors la famille luy sera preferée, *quasi perpetuo familiæ fideicommisso*, tellement que c'est une institution contractuelle de la famille pour cette preference, *tanquam pro re certa*, suivant la Loy 9. §. *si duo ff. de hæred. instit.* la Loy 10. & la Loy 11. & la Loy *Ex facto 30.* du même titre : Or les institutions contractuelles sont irrevocables, selon nostre usage, soit qu'elles soient generales, & faites pour tous les biens suivant la Coutume de Bourbonnois, art. 22. & 219. & celle d'Auvergne, chap. 14. art. 26. soit qu'elles soient particulieres, & faites pour certains biens, selon la Coutume de Berry, tit. des Mariages, art. 5.

En second lieu, dans la Coutume du Maine & ses semblables, qui composent le don d'entre conjoints des meubles & des conquests, il n'y a que les choses qui entrent en communauté, qui entrent aussi dans cette espece de donation : ainsi la réalisation qui exclut la somme de la communauté, l'exclut aussi de la donation d'entre conjoints, à qui ces Coutumes n'ont permis de se donner que les fruits de leur collaboration : aussi quoique cet article 334. porte le mot d'*acquests*, il a esté jugé, qu'il ne s'entendoit que des conquests.

En troisiéme lieu, ce parti se peut appuyer par beaucoup d'autoritez. Car, 1. la Note de du Molin, sur l'art. 17. du tit. 23. de la Coutume de Nivernois, dit, *hoc est indistinctè verum contra maritum, sed non respectu aliorum :* Or par ces premiers mots, *hoc est indistinctè verum contra maritum*, il exclut le mari, à quelque titre que ce soit, & par ces derniers, *sed non respectu aliorum*, il l'exclut tacitement à titre de disposition : parceque s'il n'avoit entendu parler que de la communauté & de la succession, il n'auroit pas ajoûté ces derniers mots, *sed non respectu aliorum*, qui ne se pourroient pas verifier, estant certain que les propres fictifs sont propres, quant à la succession, à l'égard d'autres que du mari : d'où il s'ensuit qu'il a entendu parler, non de la succession, mais de la disposition. Et la preuve que les propres fictifs sont propres de succession à l'égard d'autres que du mari, se peut tirer des exemples rapportez ci-dessus. 2. C'est l'avis de Palu, sur l'art. 244. de la Coutume de Tours, & de Loüis sur l'art. 334. de celle du Maine : enfin, c'est un des points de la Consultation du 16. Mars 1661. vulgairement appellée *la Mercuriale*, qui porte précisément en l'art. 6. que les conjoints ne peuvent disposer entr'eux, ni au profit l'un de l'autre, ni des enfans d'autre mariage, de ces propres fictifs, sinon aux mêmes cas, & pour les mêmes portions que les Coutumes permettent de disposer des propres naturels. 3. Il y a plusieurs Arrests qui ont jugé cette question, conformément à ce premier avis. Un du Lundy dernier Juillet 1517. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre O. de Monsieur Loüet, nomb. 17. lequel décide, qu'un mari ayant stipulé par son contrat de mariage, que son Office luy seroit propre, & aux siens de son côté & ligne, ne l'avoit pû leguer à sa femme que jusques à concurrence de ce qu'il luy estoit permis de leguer de son heritage propre, & en consequence reduisit le legs au quart de l'Office, suivant l'art. 82. de la Coutume de Dreux.

Il y a un autre Arrest, qui a jugé la question en termes exprés pour la Coutume de Tours, & dont l'espece est rapportée par Palu sur l'article 244. de cette Coutume. Par contrat de mariage du 27. Février 1614. il estoit dit, que le futur époux seroit tenu d'employer en achat d'heritages la somme de trois mille livres, qui seroient reputez propres *à la future épouse, & aux siens de son estoc & ligne :* pendant le mariage il se fit un don mutuel, & la question estoit de sçavoir, si cette somme estoit entrée comme meuble, & pour le tout dans le don mutuel, ou comme propre & pour le tiers seulement, & sur cela il intervint une Sentence au Siege Presidial de Tours, qui jugea que cette somme devoit estre considerée comme un veritable propre, & ne pouvoit entrer que pour le tiers dans le don mutuel, ce qui fut confirmé par Arrest du 12. Avril 1650.

La même chose a esté jugée pour la même Coutume par un autre du 6. Février 1671. & depuis par un autre du 28. Aoust 1675. il a esté jugé, que Dame Renée d'Avaugour, veuve du sieur de Massecoul, ayant marié Marie Marguerite de Massecoul sa fille avec le sieur de Chandieu, & luy ayant donné six mille livres sur la succession échûë de son pere & sur la sienne à écheoir, laquelle somme elle stipula devoir estre employée en heritages, qui demeureroient propres *à la future épouse, & aux siens de son coté & ligne*, & depuis s'estant fait un don mutuel entre les conjoints, cette somme n'estoit point entrée dans le don mutuel.

Enfin, Loüis dans les additions qui sont sur la fin de son Commentaire, sur l'arr. 334. de la Coutume du Maine, rapporte une Sentence contradictoire renduë au Mans le 27. Juillet 1656. qui a jugé la question en termes exprés, conformément à cet avis, &, ce qui semble ne devoir laisser aucune difficulté, l'Arrest de Bonvoust du 11. Juillet 1615. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la Lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 66. a jugé formellement, qu'une somme ainsi réalisée ne faisoit point partie du legs universel fait au profit du conjoint : & ç'a esté à peu prés sur ces

raisons & autoritez que j'avois soûtenu au procés de Loüis Sorin & consorts, contre Anne Cornuau, veuve de défunt Jacques Sorin, que la partie des meubles contenus en l'inventaire fait lors du mariage de Sorin, qu'il avoit réalisée par le contrat, ne faisoit point partie du legs universel par luy fait au profit d'Anne Cornuau, sa femme, & qu'elle en estoit excluse à quelque titre que ce fût, de communauté, de succession, ou de disposition : neanmoins la Cour par son Arrest rendu sur procés par écrit, a jugé le contraire, ce qui peût estre fondé sur plusieurs moyens.

Raisons pour la negative.

Le premier, qu'en general les clauses des contrats de mariage ne concernent que le droit de communauté & le droit des successions *ab intestat*, & ne touchent point à la faculté de disposer.

Le second, qu'en particulier la stipulation de propres n'empêche point la disposition : ce qui est décidé par tant d'Arrests, qu'il n'est plus permis d'en douter : que si elle n'empêche pas la faculté de disposer, elle ne doit pas faire obstacle à la disposition qui se peut faire, selon la Coutume, au profit du conjoint. ☞ Il y en a un Arrest pour le Poitou, rendu le Samedi 27. Aoust 1695. en la premiere Chambre des Enquêtes, au rapport de Monsieur Gosslard : & on apprit qu'il n'y eut dans la Chambre que quatre avis contraires.] Et il est tres-aisé de s'imaginer, que celui qui a voulu empêcher que son conjoint ne profitât à titre de communauté ou de succession de la somme réalisée, ne s'est pas voulu lier les mains pour s'empêcher de faire les dispositions que la Coutume luy permet au profit de son conjoint : ensorte que la preference perpetuelle qu'il établit en ce rencontre au profit de sa famille, ne doit pas tourner contre luy-même.

Il faut encore aller plus avant, car quand la stipulation est faite ou par un tuteur étranger, ou par un pere ou une mere, l'on ne doit pas présumer qu'en réalisant une somme de deniers, ils ayent voulu ôter à la future épouse la faculté d'en disposer au profit de son mari, conformément à ce qu'elle peut luy donner par la Coutume, ni qu'ils ayent voulu établir une preference si absoluë au profit de la famille, qu'il ne fût pas même permis au mari de venir à titre de disposition, & cette condition qu'on voudroit présupposer dans la donation du pere, qui auroit ainsi doté sa fille avec clause de stipulation de propre, dimiueroit beaucoup le prix de sa liberalité. D'ailleurs, c'est une maxime que les clauses qui ne sont pas formelles, pour empêcher de disposer par testament, ou de tester en particulier au profit de quelqu'un, n'ont jamais cet effet, le testament n'estant pas reputé compris sous le mot de *contrat*, non pas même sous celuy de *donation*, suivant la Loy 1. §. 1. *ff. de donat.* ensorte que l'art. 223. de la Coutume de Paris, défendant à la femme de vendre ni aliener sans le consentement de son mari, ne luy défend pas de tester : de plus, l'art. 292. disant que pour tester il faut estre usant de ses droits, cela ne s'est point appliqué à la femme en puissance de mari ; mais on a crû que cela avoit esté mis contre les interdits seulement ; tant la faculté de disposer par testament est favorable, & qu'il est difficile ou de l'ôter, ou de la restraindre.

L'on peut ajoûter, qu'il faut faire une grande difference entre les Coutumes, où il est permis aux conjoints de se donner par donation simple, comme la Coutume du Maine ; & celles où ils ne se peuvent avantager que par don mutuel : & comme dans les premieres l'on ne considere point la communauté, ni les fruits de la collaboration pour permettre aux conjoints de s'avantager l'un l'autre sous l'évenement incertain de la survie, de ce qu'ils ont amassé par un travail commun ; mais que l'on considere seulement la faculté naturelle qu'un chacun doit avoir de disposer de son bien au profit de qui bon luy semble, il ne s'ensuit pas, en ce cas, que ce qui n'entre point en communauté n'entre point non plus dans la donation simple faite entre conjoints. Mais il n'en est pas de même à l'égard des Coutumes, où, selon le Droit commun, les conjoints ne se peuvent avantager que par don mutuel : car l'égalité estant requise, & ordinairement le don ne pouvant estre fait que des meubles & conquests, il s'ensuit que dans ces Coutumes, ce qui n'entre point en communauté n'entre point non plus dans la donation d'entre conjoints : & c'est la réponse à la plûpart des Arrests qui ont esté alleguez pour l'opinion contraire. Voilà ce qui concerne la disposition des propres fictifs, qui est le premier cas où la réalisation n'a point d'effet, & la premiere exception de nostre regle, que la fiction opere en ces matieres à proportion de la verité.

La seconde exception est, que le retrait lignager n'a point lieu pour les deniers réalisez, de l'action desquels on auroit disposé, parceque c'est une maxime, que le retrait ne souffre point de fiction : l'on peut dire en cette matiere ce qui est dit en la Loy *Si forte 8. ff. de castr. pecul. veritatem enim spectamus, non quod quis finxit.* C'est pour cela qu'il n'a point lieu non plus en fait de rentes constituées, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 159. de la Coutume de Montfort : & si un pere donne un acquest à son fils, & que le fils en dispose par contrat de vente, le retrait n'a point lieu : parceque la Coutume qui repute propres les choses données en directe, établit une fiction fondée dans le droit anticipé des enfans sur les biens de leur pere encore vivant, qui en leur donnant, ne fait que continuer leur possession : C'est pourquoy si un heritage avoit passé du pere au fils, & du fils au petit-fils, & de celui-ci à l'arriere-petit-fils, par la voye de donations entre-vifs, toûjours réiterées, & suivies de renonciations aux successions des donateurs, tel heritage estant vendu ne seroit point sujet à retrait : & c'est pour cela que Maistre Charles du Molin a dit, que le retrait estoit d'un droit beaucoup plus étroit que les successions.

31. Le retrait n'a point lieu pour les deniers réalisez.

En troisiéme lieu, si on a une fois exigé la somme réalisée des mains du mari, ou à l'occasion d'une separation de biens, ou depuis la mort de la femme, y ayant eu un tuteur étranger qui l'ait contraint au payement de cette somme, elle perd la qualité de propre : parceque l'action, qui seule portoit ce caractere de propre, est éteinte & consommée par le payement. Il en est de même lorsque la somme est échûë en ligne collaterale, auquel cas la stipulation est finie, comme il est dit en l'article 259. de la Coutume de Paris, que le doüaire préfix d'une somme à une fois payer, estant venu aux enfans, est reputé mobilier, & perd la nature de doüaire. Il y a pourtant quelque distinction à apporter à ce qui vient d'être dit, que la somme exigée du pere par un tuteur étranger, perd sa nature de propre : car si le fils, à qui cette somme appartenoit comme heri-

32. La somme réalisée une fois exigée, perd sa qualité.

tier de sa mere, decede en minorité, l'exaction qui a esté faite n'empêche pas que la somme ne demeure immobiliaire, & que le pere, de qui elle a esté exigée, n'en soit entierement exclus, quoiqu'heritier mobilier de son fils, suivant ce qui est decidé dans l'article 94. de la Coutume de Paris, qu'une rente rachetée sur un mineur demeure en son ancienne nature, & est toûjours reputée immeuble.

33. S'il se fait compensation de la somme réalisée en la personne du fils, heritier de sa mere, & d'ailleurs, debiteur de son pere, lequel fils est decedé en minorité.

Que si l'on suppose qu'un fils heritier de sa mere, & en cette qualité creancier de son pere de la somme stipulée propre, est aussi heritier d'un sien oncle maternel, lequel estoit debiteur de son pere pour diverses sommes, & qu'il decede ensuite en minorité: il y a lieu de douter si la dette de la somme réalisée, a esté éteinte & amortie par la compensation; ou si la minorité, pendant laquelle le decés du fils est arrivé, empêchant que son bien n'ait changé de nature, la somme réalisée sera dûë toute entiere aux heritiers maternels: au lieu que la dette passive du chef de l'oncle devra estre aquittée par le pere & les heritiers des propres du fils à proportion de l'émolument.

Raisons pour l'affirmative.

34. Raisons pour l'affirmative.

La raison de douter est, que deslors que deux sommes sont également exigibles, elles sont également sujettes à compensation, encore même que l'une porte interêt, & que l'autre n'en porte point, suivant la Loy *Cum alter alteri 11. ff. de compensat.* & que l'on ne voit point de disposition qui empêche que la compensation ne se fasse aussi-bien de plein droit en la personne d'un mineur, que d'un majeur; dautant qu'un mineur n'est pas moins obligé qu'un majeur, à payer ce qu'il doit, & que la compensation est le payement le plus naturel. Qu'enfin il n'y a point ici du fait de l'homme, ni de fraude à craindre, comme dans un rachat de rente, & que par consequent il n'y a aucune raison valable qui fasse obstacle à la compensation.

Raisons pour la negative.

35. Raisons pour la negative.

D'autre part, il semble que c'est aller précisément contre la maxime, que le bien du mineur ne change point de nature, d'admettre cette compensation; & qu'au contraire pour s'attacher à ce principe de nostre Droit, il faut dire que la somme réalisée est dûë par le pere seul aux heritiers maternels, & que la dette de l'oncle doit estre acquittée envers le pere par les heritiers du fils, à proportion de l'émolument: c'est à dire, que le pere en confond sa part & portion. En effet, si l'on admet ici la compensation, il faut aussi admettre la confusion en la personne du fils decedé mineur, d'une somme réalisée, dont il a esté creancier comme heritier de sa mere, & debiteur en qualité d'heritier de son pere, ce qui est contre l'opinion commune: car si le bien du mineur peut changer de nature, il faut que la confusion, aussi bien que la compensation, se puisse consommer en sa personne. D'ailleurs, il semble que les droits réels ne sont pas la matiere de la compensation, suivant la Loy *Si convenerit 18. ff. de pignerat. act.* & la glose sur la Loy derniere, *C. de compensat.* & que par consequent la somme réalisée n'a pû estre compensée.

Resolution pour la negative.

36. Resolution pour le même parti.

Pour decider cette question, il faut déja retrancher ce dernier moyen, puisque la somme réalisée, entant qu'elle est dûë par le pere, est une dette mobiliaire passive qui est sujette à compensation. En effet, cette dette se termine à de simples deniers, lesquels estant acquittez, la réalisation s'évanoüit; mais la question est de sçavoir, si la minorité du fils empêche ici l'effet de cette compensation? Car ce n'est pas sans raison que l'on n'a pas voulu que le bien du mineur ne pût changer de nature, & ne fût pas exposé aux changemens qu'un tuteur, qui s'en rend le maistre, y pourroit apporter pour son interest particulier, ni à ceux qu'il pourroit feindre & simuler, comme le decide l'article 351. de la Coutume d'Orleans, qui parle de deniers procedans de vente de biens de mineurs; mais que l'on a compté pour un seul moment tout le temps de la minorité: ensorte que tel est le bien du mineur lors de l'ouverture de la succession, tel il est jusques à sa majorité, & à l'égard de son tuteur, jusques au compte rendu en bonne forme. La Loy, qui prend sous sa protection la personne & les biens du mineur, a pourvû à cela, en rendant immeuble le bien du mineur. Ce qui n'est pas même opposé aux principes de Droit, selon lesquels, ce qui est acheté des deniers du pupille, estant presumé appartenir au pupille, *L. 3. C. arbitrium tutelæ*, il n'est pas inconvenient, que quand il n'est point fait d'emploi, les deniers soient reputez de même nature que l'immeuble vendu, & que la rente qui a esté rachetée. C'est pourquoy, si pendant le mariage le mari dispose des propres de la femme, & qu'elle decede en minorité, l'action de remploy est immobiliaire, & appartient aux heritiers des propres. C'est sur le même fondement que nous avons dit, que si avant le mariage la femme estoit creanciere de son mari d'une rente constituée, & qu'elle decede en minorité, cette rente ne devient point une simple action de remploi, qui soit mobiliaire, comme il arriveroit si elle estoit decedée majeure; mais conserve sa nature. De même, si un Office est vendu pendant la minorité, le prix tient lieu de l'Office dans la succession du mineur, & est propre si l'Office étoit propre au mineur, & acquest, si l'Office luy estoit acquest. Ensorte que dans les Coutumes qui admettent les freres & sœurs en concurrence avec les pere & mere, pour la succession des acquests du fils, & qui ne donnent aux ascendans que les meubles par préciput, comme la Coutume de Xaintes, article 96. le prix de l'Office qui estoit acquest au mineur, & qui a esté vendu pendant sa minorité, estant reputé acquest, appartient au pere, ou à la mere concurremment avec les freres & sœurs, & non au pere seul, ou à la mere, comme simple meuble. Enfin, l'emploi du prix procedant de la vente ou du rachat de l'immeuble, ayant esté fait actuellement, il tient même nature dans la succession du mineur, que l'heritage ou la rente, acquest si l'heritage ou la rente estoit acquest; & propre, s'il estoit propre, suivant le même article 94. de la Coutume de Paris.

37. De la regle qui empêche que le bien du mineur ne change de nature.

38. Réponse à l'objection tirée de ce que la compensation est un payement forcé.

Voilà les motifs & les effets de cette regle, que le bien du mineur ne change point de nature: & sur le fondement de ces préjugez, j'aurois peine à m'éloigner de cette regle dans l'espece dont il s'agit, & à dire que la compensation pût priver les heritiers collateraux de la somme réalisée. Car si la compensation est un payement, & une alienation qui se fait de necessité, & non par le choix & la volonté d'un pere & d'un tuteur, ce n'est pas un prétexte pour sortir de la regle: puisque le rachat de la rente d'un mineur n'est pas volontaire; mais est aussi de necessité: cepen-

dant il ne change point de nature la rente du mineur. De même, la confusion est un payement necessaire, cependant la stipulation de propres ne finit point par la concurrence des deux qualitez de creancier & de debiteur, en la personne du fils heritier du pere & de la mere, lequel decede en minorité, & la plus grande partie du Palais convient de cette proposition. C'est pourquoy, ni les causes volontaires, ni les necessaires, ne doivent point changer, ni alterer la nature & qualité du bien de mineur.

Il ne faut point objecter qu'il ne se peut trouver de fraude dans la compensation, ni dans la confusion: parceque l'un & l'autre arrive de plein droit, & il n'y entre point du fait de l'homme.

En effet, l'on peut répondre qu'il y a peu de cas où les parens & tuteurs ne se puissent former des vûës, pour faire tomber la succession d'un mineur, dont ils n'esperent pas une longue vie, du côté qu'ils veulent. Par exemple, le pere en ne payant pas les deniers réalisez au profit de sa femme, dont l'emploi, s'il les payoit, devroit estre fait en heritages, qui regarderoient dans la succession du fils mineur les parens collateraux de sa femme, priveroit dans l'opinion contraire, par ce défaut de payement, ces parens collateraux, de l'effet de la réalisation de ces deniers & de la destination de la femme qui s'est mariée, ou des parens qui l'ont dotée. Ces vûës sont peut-estre un peu éloignées : parce qu'il faut pour cela qu'un pere prévoye la mort de son fils sans enfans; mais enfin elles ne sont pas impossibles, & l'on a voulu, en établissant la maxime, que les biens du mineur ne changent point de nature pendant sa minorité, prévenir toutes sortes de fraudes, & rompre toutes les vûës que les parens qui sont dans l'administration du bien des mineurs, se pourroient former pour détourner le cours naturel de leurs successions. Que s'il y a quelqu'un de ces exemples, où il soit un peu plus difficile de s'imaginer de la fraude, on ne doit pas pour cela donner atteinte à une regle si salutaire, & laquelle est faite pour le profit commun de toutes les familles, suivant ce qui est dit en l'Authentique *Hac res C. communia de legat. & fideic. ea enim qua communiter omnibus prosunt, his qua specialiter quibusdam utilia sunt preponimus.* ☞ Il y a quelque préjugé qui confirme nostre opinion dans Roüillard en ses Reliefs Forenses, chap. 37. Il y a l'Arrest de Bouchardeau dans Henrys, tom. 2. liv. 6. qu. 16. & dans Monsieur le Prestre entre les Arrests celebres qui sont à la fin, pag. 100. au commencement. Plus, celui du 23. Aoust 1608. rendu entre Monsieur le Prince de Guimené & le sieur Marquis de Nesle, rapporté par le même Auteur entre les Arrests de la Cinquiéme, pag. 44. de la derniere Edition, & entre les Arrests celebres pag. 99. vers la fin.]

Que si dans l'espece particuliere le pere eût pû contraindre son fils de luy payer cette dette, à laquelle il estoit obligé du chef de son oncle, & si la famille, en ce cas, auroit peut-estre demandé elle-même la compensation, comme estant utile au mineur. Il ne s'ensuit pas que cela n'ayant pas esté fait du vivant du mineur, la compensation se soit faite de plein droit, & que le bien ait changé de nature contre la maxime ordinaire; & contre la premiere intention de la famille, qui a esté d'affecter par une clause précise d'un contrat de mariage une somme de deniers aux parens du côté & ligne, & d'en faire un veritable immeuble qui passât jusques aux collateraux par une espece de fideicommis.

Il faut encore observer, que la somme réalisée, dont l'action appartient à l'heritier des propres, nonobstant cette prétenduë compensation, dont il a esté parlé, quand une fois elle est parvenuë au dernier de ceux que la clause de réalisation regarde, perd tellement sa qualité de somme réalisée, qu'encore que celui-ci decede mineur, elle appartiendra à son heritier mobilier: parceque l'effet de la fiction est une fois consommé.

Enfin, il faut remarquer que quand l'alienation du bien de mineur s'est faite du suffrage de sa famille : comme quand en vertu d'un bon avis de parens homologué en Justice, & aprés une discussion des meubles du mineur, l'on a vendu ses propres pour payer ses dettes, il n'y a point de recompense au profit des heritiers des propres, qui ont dû prévoir ce qui est arrivé, & en mettre une clause dans leur avis, pour s'assurer cette recompense.

Il reste neanmoins une difficulté, qui est de sçavoir, si dans la même espece les interêts de la somme réalisée doivent avoir couru jusques à la mort du mineur; ou si l'autre dette les aura fait cesser par une compensation, que l'on peut présupposer s'estre faite sous une condition resolutive, c'est à dire, jusques à ce que le mineur soit decedé en minorité? Et j'estime que la compensation a fait cesser les interêts, encore qu'elle ne dure pas: parce qu'elle ne cesse que pour l'avenir, & en consequence du decés du mineur; mais on ne peut pas faire qu'elle n'ait eu lieu, & qu'elle n'ait arrêté toute sorte d'interêts de part & d'autre. C'est ainsi que la donation estant revoquée par survenance d'enfans; & cette revocation n'ayant point d'effet retroactif, mais n'ayant lieu que pour l'avenir, toutes les actions qui estoient éteintes par la confusion, commencent à revivre. Ce qui a même quelque fondement dans l'article 15. de l'Ordonnance de 1441. qui dit, que *si les proprietaires des maisons qui avoient rentes sur icelles, sont evincez desdites maisons, ils pourront poursuivre leurs rentes, depuis qu'ils auront renoncé, ou qu'elles auront esté évincées:* par où cette Ordonnance designe assez qu'elle entend, qu'en ce cas, la confusion ait lieu pour le passé, quoique *ex causa supervenienti*, elle cesse pour l'avenir. Ce qu'il faut appliquer à l'espece dont il s'agit, où la compensation qui s'estoit faite entre le pere & le fils; mais qui ne s'estoit faite que *resolubiliter*, cessant, à cause du decés du fils, arrivé pendant sa minorité, les actions respectives revivent entre le pere & le fils; mais le tout sans préjudice du passé, & sans que les interêts dont la compensation avoit arrêté le cours pendant qu'elle subsistoit, puissent estre repetez. 39. Si dans le même cas la compensation n'a pas lieu à l'effet au moins de faire cesser les interêts.

En quatriéme lieu, la réalisation cesse encore dans le cas des Coutumes, qui ne permettent de disposer des meubles & acquests, que supposé que l'on ait des propres: ce qui pouvoit faire neanmoins quelque difficulté: parceque les Coutumes que l'on appelle *de subrogation*, à cause que voulant assurer quelque chose aux heritiers, elles subrogent les acquests au lieu des propres, quand il n'y a point de propres, ne distinguent point entre les propres réels, & les propres fictifs: tellement qu'il semble que celui qui laisse des propres fictifs dans sa succession, peut disposer des acquests, sans contrevenir à ces Coutumes: estant juste que les propres fictifs soient plutôt subrogez aux propres naturels, que non pas les acquests, qui sont d'une nature toute opposée. 40. La somme stipulée propre n'est pas censée un propre à l'effet d'empêcher la subrogatió des acquests aux propres établie en faveur des heritiers, dans les Coutumes qui s'appellent *de subrogation*.

Il faut conclure neanmoins, que de tels propres ne tiennent point lieu de propres réels, pour faire que le testateur puisse disposer de tous ses

meubles & acquests : parce qu'ils ne sont point propres par rapport aux testamens, & aux donations : mais par rapport à la communauté, & au conjoint que l'on en a voulu exclure à toute sorte de titres ; *indistinctè contra maritum*. Et s'il a esté jugé qu'un testateur pouvoit disposer d'un tel propre audelà des parts & portions, que ses heritiers doivent avoir dans ses propres, & qu'en un mot il les peut leguer comme de simples meubles, il est juste qu'il ne s'en puisse pas prévaloir pour disposer de ses meubles & acquests, au préjudice de mêmes heritiers : & que dans le premier cas estant meubles pour faire qu'on en puisse disposer, dans le second, ils ne soient pas propres pour donner lieu au testateur de disposer des meubles. Aussi cette question s'estant presentée en interpretation de l'article 216. de la Coutume de Poitou, on a jugé que dans cet article le mot de *propres* ne s'entendoit pas des propres fictifs ; mais des propres réels, & l'Arrest en est rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur l'article 93. de la Coutume de Paris, pag. 64.

41. Si les deniers réalisez se distribuent selon l'ordre des hypoteques.

En cinquiéme lieu, quoique le même Auteur, sur la lettre D. de Monsieur Loüet, nombre 66. Arr. 12. & suivans, rapporte des Arrests qu'il prétend avoir jugé, que des creanciers de la femme viendroient, selon l'ordre de leurs hypoteques sur les deniers dotaux, qui avoient esté réalisez, il est impossible que ces Arrests ayent jamais jugé cela précisément. Car les deniers dotaux, quoique stipulez propres, sont de simples meubles à l'égard des étrangers, & se doivent distribuer comme de simples deniers mobiliers; mais il est bien vray que parceque l'on considere les creanciers opposans, comme exerçant les droits de leur debiteur, qui à son égard vient sur des immeubles, lorsque les creanciers de la femme viennent en sous-ordre sur les biens du mari pour des deniers réalisez, ils sont admis selon l'ordre d'hypoteque, ce qui leur arriveroit aussi bien s'ils n'estoient colloquez que sur des deniers dotaux non réalisez ; mais sujets à reprise, pourvû que la collocation de la femme se fist sur le prix des immeubles du mari ; mais si les deniers dotaux, quoique réalisez, estoient encore en nature, lors de la mort du mari ; ou s'ils estoient repris sur des deniers & effets mobiliers de la communauté, il est sans difficulté que les creanciers ne viendroient point par ordre d'hypoteque : parceque ce n'est point là l'objet de la fiction, & de la stipulation de propres, & la fiction n'a point d'effet hors du cas particulier, pour lequel elle est établie.

42. Que la dette passive des deniers réalisez, est pure mobiliaire.

En sixiéme lieu, quoique la dette active des deniers réalisez, qui appartient à la femme, soit reputée propre, la dette passive ne laisse pas d'estre reputée mobiliaire, & d'estre une charge de la communauté, nonobstant la regle des correlatifs : parceque cette regle n'a lieu que quand la raison est égale, *quando subest eadem ratio :* Or la raison pour laquelle l'action de la femme est immobiliaire, & propre à la femme, & à ses heritiers, c'est que l'on à voulu exclure perpetuellement le mari, soit à titre de communauté, soit de succession : Or il ne s'agit plus d'exclure, quand la succession se charge une fois de la dette. Ainsi elle conserve sa nature de dette mobiliaire passive, & de charge de communauté : d'où il s'ensuit, 1. que dans la Coutume d'Anjou, & les autres, où les dettes mobiliaires sont toûjours à la charge de l'heritier mobilier, cette restitution des deniers réalisez se doit faire par l'heritier mobilier du mari. 2. Que même dans nos Coutumes, elle se considere comme une déliberation sur la communauté, & comme une reprise d'un corps certain qui y est entré, cela principalement au cas que la communauté soit bonne, & soit acceptée : car quand elle n'est pas bonne & qu'on y renonce, cette restitution se considere comme une dette ordinaire à laquelle tous les heritiers contribuent à raison de l'émolument. Il y a quelques autres questions touchant la succession des propres fictifs, au livre 1. chapitre de la Succession des Ascendans, sect. 1. depuis le nomb. 20. jusqu'au nomb. 32.

43. Si la dévolution des propres maternels profite aux heritiers paternels, ou à leur cessionnaire.

Il a esté dit en la section précedente, que la dévolution des propres d'une ligne à une autre, fait des propres naissans : parcequ'elle se fait au profit du plus proche heritier, & par consequent elle doit avoir le même effet que la succession d'un acquest. Mais j'ay vû proposer une autre question sur cette matiere. Il y avoit eu une taxe considerable de la Chambre de Justice sur la succession d'un Tresorier de France à Poitiers, ce qui avoit obligé ses heritiers paternels de disposer de leurs droits au profit d'un particulier, & ses heritiers maternels de renoncer purement & simplement. Dans l'évenement la taxe fut reduite, & ainsi les dettes estant payées il y eut encore du restant, tant des propres paternels, que des maternels : ce qui donna lieu au procés. Car les heritiers paternels prétendirent les propres maternels, par droit de dévolution d'une ligne à une autre, disant, qu'encore qu'il y eût des clauses generales dans la cession & transport, & qu'il y fût fait mention de tous les droits rescindans & rescisoires, neanmoins il y estoit dit précisément qu'ils n'estoient heritiers que des propres paternels, & qu'ainsi ils n'avoient entendu ceder que ces propres : le vendeur d'une succession n'estant reputé vendre que les biens extans lors de la vente, & la succession en l'état qu'elle est : que le profit de cette dévolution estoit une aubeine particuliere, dont les Parties n'avoient pas eu dessein de traiter, que c'estoit un nouveau droit survenu depuis le transport, par le moyen de la reduction de la taxe, qui devoit estre comparée à une Isle qui venoit à se former auprés d'un heritage, & dont il estoit dit, en la Loy 9. §. 4. *ff. de usufr.* qu'elle n'augmente pas l'usufruit de cet heritage ; mais qu'elle appartient au proprietaire. Que l'intention de la Loy, qui établit cette dévolution comme une espece de droit d'accroissement, s'accommodoit en cela avec la volonté présumée de défunt, qui est la source de tout droit d'accroissement, qu'ainsi elle ne pouvoit favoriser un cessionnaire étranger. ☞ Ils ajoutoient qu'il y avoit necessairement de certaines choses exceptées dans la vente des droits successifs comme les biens dont l'heritier avoit déja disposé, ou les creances dont il estoit redevable au défunt, *L. 2. §. 1. ff. de heredit. vel act. vend.* qu'ils estoient toûjours heritiers nonobstant leur cession & transport, parcequ'ils l'avoient esté une fois, & que c'est une maxime que, *qui semel heres nunquam desinit esse heres l. 2. C. de pact.* que par consequent ils estoient capables de profiter du droit d'accroissement ; de plus, qu'ils estoient même reputez posseder l'heredité, suivant la Loy 4. *§. ult. si quis omissa causa testam.* qu'ainsi l'accroissement ne se fera pas moins à la succession même, quand elle se fera à leur profit, puisqu'ils estoient encore reputez possesseurs des biens hereditaires. Qu'enfin le titre de l'acheteur estoit un contrat qui ne produit point l'accroissement, tellement qu'on la refuse à l'institué contractuel : V. la Thaumassieres, en ses décis. liv. 2. chap. 34. mais nous examinerons ailleurs cette proposition.]

Le cessionnaire au contraire soutenoit que ce qui venoit par cette dévolution, estoit des dépendances du transport, qui luy avoit esté fait. Que la portion défaillante devoit accroître à la portion acceptée, & qu'en Droit l'alluvion profitoit à celui qui avoit acquis l'heritage: Qu'il estoit decidé dans une espece fort approchante de celle dont il s'agit, que si quelqu'un estoit chargé de restituer à un autre la succession, en laquelle il estoit institué heritier, deslors il ne pouvoit plus profiter du droit d'accroissement. *Si totam aut partem ex qua quis heres institutus est, tacitè rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, quia non videtur habere.* ☞ Qu'il est aussi decidé en la Loy 2. *ff. de hered. vel. act. vend.* que celui qui achete une succession ne doit avoir ni plus, ni moins que le vendeur auroit eu s'il n'avoit pas disposé de la succession, *ut neque amplius neque minus juris emptor habeat: quam apud heredem futurum esset:* que l'accroissement des parties défaillantes d'une succession, ne se fait pas à la personne, comme en matiere d'usufruit; mais à la chose & à la succession même, qu'ainsi le vendeur ne possédant plus la succession, l'accroissement ne se pouvoit faire à son profit, comme il est dit en la Loy, *si totam 83. ff. de acquir. hered.* de celui qui avoit prêté son nom au testateur pour faire passer ses biens à un incapable, que l'accroissement ne se fait pas à son profit, parcequ'il ne possede pas la succession, *apparet nihil ei debere accrescere: quia rem non videtur habere.* Qu'enfin il est vray qu'en la Loy, *si quis pecuniam, §. ult. ff. si quis omissa causa testam.* le Jurisconsulte Ulpien dit, que celui qui a vendu la succession, est reputé la posseder encore: mais outre qu'il a dit cela par rapport à l'Edit du Prêteur, & parlant de l'heritier qui veut frauder les legataires de leurs legs, il ne declare pas qu'il soit possesseur, mais qu'il est reputé possesseur. *Si quis vendiderit hereditatem, utique possidere videtur; non dolo fecisse quominus possideat.*] Cependant l'Arrest est intervenu au profit des heritiers paternels, vraisemblablement sur ces raisons. La premiere est, la faveur des heritiers naturels; la seconde, qu'en vendant leurs portions ils demeurent toûjours obligez aux dettes envers les creanciers: ainsi il est vray de dire qu'ils ne sont pas entierement dépoüillez de la qualité d'heritiers: ce qui fait une difference essentielle avec celui qui estoit chargé de rendre une succession à un incapable dont parle cette Loy, *Si totam*, qui vient d'estre alleguée, lequel est indigne de conserver aucune partie de la succession, & perd tout droit de falcidie & d'accroissement. La troisiéme, l'autorité de Monsieur Cujas, liv. 12. de ses Observations, chap. 13. où il conclut, que le droit d'accroissement profite au vendeur, & non à l'acheteur de la succession, quoiqu'il convienne que cela soit contre l'opinion commune. Cet Arrest fut rendu en la Grand'Chambre, au rapport de Monsieur Hervé, le 2. Mars 1678.



CHAPITRE II.

De la Succession des Fiefs.

SECTION I.

Du droit d'aînesse.

SOMMAIRE.

TOut ce qu'il y a de particulier, dans la succession des fiefs, consiste dans les prérogatives du fils aîné, & dans celles qui se donnent aux mâles, les unes concernant la succession en ligne directe, & les autres la succession collaterale : quoiqu'il y ait quelques Coutumes, qui donnent dans la seule ligne directe des prérogatives à l'aîné, & à tous les mâles, comme la Coutume de Bar, qui aprés avoir donné à l'aîné en l'art. 114. un préciput composé d'un Château, de la basse-cour, & d'un journal de terre, en l'art. 118. dit, qu'en terre de fief, un fils a autant que deux filles. Le droit d'aînesse est une prérogative qui est dûë au fils aîné, & qui consiste en droits honorifiques & en droits utiles : Ainsi toute la matiere se reduit à examiner dans le détail à qui il appartient, & en quoy il consiste.

1. Coutumes qui admettent le droit d'aînesse en collaterale, cas extraordinaires où on l'a aussi admis.

Regulierement le droit d'aînesse n'a lieu qu'en ligne directe : car celui qui n'a pas d'enfans n'a pas de premier-né. Il y a cependant quelques Coutumes, qui l'établissent dans la collaterale : & entr'autres la Coutume d'Amiens, la Coutume de Poitou, art. 289. la Coutume du Maine, art. 246. celle d'Angoumois, art. 90. 91. & 92. sous cette exception neanmoins, que quand il s'agit de biens qui ont déja esté quintez en la directe immediate, c'est-à-dire, où l'on a déja pris le droit d'aînesse, & que ceux qui succedent sont dans les termes de representation, il n'y a point de droit d'aînesse entr'eux, & les biens ne se quintent pas derechef; mais aucun droit d'aînesse n'a lieu dans cette Coutume qu'en succession noble du côté des personnes & des biens. Outre cela nous avons une décision singuliere dans Monsieur Bouguier, lettre F. nomb. 3. que deux sœurs s'estant fait une donation mutuelle avec une substitution graduelle au profit de leurs enfans, & du survivant d'entr'eux, par le moyen de laquelle leurs biens se réünissoient dans les descendans de l'une des deux sœurs, il y avoit droit d'aînesse, quoique ce fût un partage de la succession d'une cousine.

Enfin, l'on jugeoit autrefois par les Arrests, que quand des neveux venoient à la succession d'un oncle par representation, il y avoit un droit d'aînesse dans la subdivision : parceque l'on consideroit cela comme une succession directe : ce qui a esté corrigé par l'Arrest de du Fautray, qui sera rapporté dans la section suivante.

Il ne faut pas non plus oublier la disposition de quelques Coutumes, dans lesquelles l'aîné venant à mourir avant que le partage ait esté fait, l'aîné d'aprés luy succede au droit d'aînesse, telle est la Coutume de Melun, art. 95.

Ce droit n'appartient donc pour l'ordinaire qu'aux mâles, qui sont l'appuy d'une famille, & qui la perpetuent, au lieu que les femmes sont la fin de la leur, & le commencement d'une famille étrangere, selon les termes de la Loy 195. *de verb. signif.* Neanmoins il y a quelques Coutumes, qui accordent le droit d'aînesse à ce sexe, comme la Coutume de Touraine, qui l'établit entre filles, même le droit de parage : à quoy est conforme celle d'Angoulême, art. 87. & ces Coutumes ont égard à la priorité de la naissance, à qui elles donnent cette prérogative, quand celle du sexe n'a point lieu. Aussi dans les Coutumes qui ne donnent pas le droit d'aînesse entre filles, les aînées ne laissent pas d'avoir quelques avantages : par exemple, le rang & la séance, & le dépôt des titres & papiers de la Maison, parce qu'en ces choses qui s'appellent *des prérogatives du Droit commun*, on a égard à l'âge, quand il n'y a pas de difference de sexe, *seniorem juniori preferimus*, dit la Loy 6. & derniere, *ff. de fide instrum.* au sujet du dépôt d'un testament.

2. Coutumes qui l'admettent au profit des filles.

Enfin, si une Coutume appelle l'aîné au droit d'aînesse, la fille aînée, soit qu'elle ait des freres puinez, ou non, n'est point reputée comprise dans cette disposition : parceque les statuts se doivent expliquer suivant le Droit commun, selon lequel le droit d'aînesse est reservé aux mâles : autre chose est, si la Coutume appelle en general l'aîné des enfans. Voyez Tiraqueau *de jure primig. qu. 10.*

3. Si la fille est comprise sous le mot d'aîné.

Il faut encore excepter le cas de la representation, dans lequel ordinairement les filles ne laissent pas de profiter du droit d'aînesse, lorsqu'elles viennent à la succession d'un ayeul par representation de leur pere, qui est le fils aîné de ceux de l'ayeul, ce qui a fait autrefois beaucoup de difficulté : car on prétendoit même, que les petits-fils en general étoient exclus du droit d'aînesse, quand il restoit à l'ayeul d'autres fils, & que le second devoit estre preferé au droit d'aînesse, bien loin que des petites-filles y puissent estre admises par representation : & c'est pour cela que dans le contrat de mariage de Philippes de Savoye, & de Marguerite de Bourbon, pere & mere de Loüise, mere de François I. il y avoit une clause précise, que les enfans qui naîtroient, representeroient leur pere, selon le droit d'aînesse, sans avoir égard au sexe, ce qui fut depuis relevé par le Roy François I. contre le Duc de Savoye. Mais on a commencé par faire succeder au droit d'aînesse, les enfans mâles du fils aîné par la voye de representation : parceque l'on a consideré ce droit, comme un droit déja formé pendant la vie du fils : ensorte que s'imaginant une anticipation de droit d'aînesse en la personne du fils aîné, comme on s'imagine au profit de tous les enfans un droit anticipé sur les biens du pere, on l'a jugé aux petits-fils par une espece de continuation de

4. Les filles profitent du droit d'aînesse par representation.

de possession, & l'on a consideré ce droit comme une dignité transmissible, parce qu'il a son fondement dans la nature, dont la premiere Loy est de subroger le fils au pere : & ensuite on a crû qu'il ne falloit pas seulement admettre les fils, mais encore les filles du fils aîné, au droit d'aînesse qui luy appartenoit en la succession de l'ayeul : & en cela, l'on a consideré la personne representée, & non pas le sexe de la personne qui represente, & l'on a fait fond principalement sur ce droit anticipé du fils aîné, que l'on a voulu que ses filles trouvassent dans sa succession, comme un droit acquis par sa naissance, selon du Molin, §. 8. gl. 3. de la Coutume de Paris.

C'est sur le même fondement, que la fille du fils aîné faisant la foy & hommage, acquitte ses tantes, sœurs de son pere, tant de la foy que du relief, pour raison de leur premier mariage, même ses cousines, si ses oncles sont decedez : & cela par un droit transmis du pere, ou, pour parler plus juste, par un droit de representation.

5. Coutumes contraires. Ce droit neanmoins n'est pas uniforme dans tout le Royaume : car dans la Coutume de Troyes art. 92. dans celle de Reims, art. 50. dans celle d'Auxerre, art. 56. dans celle de Laon, art. 156. & dans celle de Nivernois, chap. 35. art. 4. les petites-filles ne succedent point au droit d'aînesse de leur pere dans la succession de leur ayeul, & le sexe de la personne representante ; fait obstacle dans la representation en ligne directe, quand la petite-fille vient avec ses oncles à la succession de l'ayeul : autre chose seroit, si elle venoit avec des tantes, comme dit précisément l'article 57. de la même Coutume d'Auxerre.

6. Des filles du fils aîné venant avec des cousins, & de plusieurs petits fils nez de plusieurs filles. Si les filles du fils aîné ne se trouvent pas en concurrence avec des oncles ou tantes, mais avec des cousines, elles ne laisseront pas d'avoir le droit d'aînesse, qui auroit appartenu à leur pere : parce qu'en ligne directe l'on vient toûjours par representation & par souches, quoiqu'en égal degré : & quand il se trouve à Paris plusieurs petits-fils, nez de diverses filles en concurrence les uns avec les autres, il n'y a point de droit d'aînesse, par la même raison qu'ils viennent tous par representation à la succession de l'ayeul, & ainsi par un milieu inhabile pour le droit d'aînesse, dont ils ne peuvent reparer le défaut, tant qu'ils le representent, comme on dit en matiere de servitudes, qu'elles sont empêchées par un milieu qui n'est pas susceptible de ces servitudes, comme un chemin & un fleuve public, un lieu consacré, & un sepulchre, selon la Loy 14. *ff. de servitut.* la Loy 4. *ff. communia præd.* & la Loy derniere *de servitut. præd. rust.* ou qu'elles sont interrompuës par un milieu, sur lequel on n'a point encore acquis de droit ; mais qui peut estre assujetti, suivant la Loy *Si quis* 13. *ff. quemadm. servitut. amitt.*

7. Si aprés que l'aîné a pris un droit d'aînesse, les enfans d'un puîné & d'une fille en prennent un entr'eux & dans la subdivision. La question de sçavoir si aprés que le fils aîné, ou ses descendans, ont pris un droit d'aînesse, les enfans d'une fille prédecedée, trouvant des Fiefs dans la part qui appartenoit à leur mere, il y aura un droit d'aînesse au profit de l'aîné d'entr'eux sur ces mêmes fiefs, est plus susceptible de difficulté : & il semble qu'elle dépend de sçavoir, si les enfans qui viennent par representation, sont reputez succeder mediatement ou immediatement : car si les petits-fils succedent immediatement, il semble qu'ils ne peuvent pas prendre le droit d'aînesse dans une succession, où il y a un aîné de leur mere, lequel prend un pareil droit, deux personnes ne pouvant pas obtenir chacune un droit d'aînesse dans une même succession : si au contraire ils succedent mediatement, il semble qu'il puisse y avoir entr'eux un droit d'aînesse.

Raisons pour la negative.

Raisons pour la negative. La raison de douter est, qu'il est dit au chapitre des representations, nombre 1. qu'une des differences essentielles qu'il y a entre la transmission, & la representation, est que la transmission fait une succession mediate ; & la representation une immediate, & que celuy, en la personne duquel se fait la transmission, vient à la succession en vertu du droit d'autruy ; au lieu que celuy qui represente, y vient en vertu de son propre droit : d'où il semble que l'on doive conclure, que les enfans d'un cadet ou d'un fille venant immediatement à la succession de leur ayeul, quoique par representation, ils ne sçauroient prendre entr'eux aucun droit d'aînesse dans cette succession : puisque le fils aîné de l'ayeul, y prend déja un premier droit d'aînesse.

En second lieu, les petits-fils, qui viennent par representation de leur pere à la succession de leur ayeul, ont en sa place ce qu'il auroit eu, s'il avoit survécu, au lieu que dans la transmission l'heritier a ce que le défunt a eu effectivement.

En troisiéme lieu, l'on vient par representation à une succession sans estre heritier de celuy que l'on represente, preuve manifeste que quand les petits-fils viennent à la succession de leur ayeul par la representation de leur pere, ce dont ils profitent ne leur vient pas de leur pere ; mais de leur ayeul : & qu'ainsi ils ne peuvent pas y prendre un droit d'aînesse, aprés qu'il en a esté pris un au profit de leur oncle, fils aîné de l'ayeul.

En quatriéme lieu, c'est encore un principe que quand on succede par souches, la diversité des souches, ne fait point la diversité des successions ; mais bien la diversité des personnes, ausquelles on succede.

En dernier lieu, de permettre au fils aîné d'un cadet ou d'une fille, de prendre un droit d'aînesse dans la succession de l'ayeul, c'est admettre deux fictions dans un même sujet, l'une par laquelle le petit-fils, avec ses freres & sœurs, represente le pere dans la succession de l'ayeul ; l'autre par laquelle aprés s'estre ainsi mis en la place de son pere dans la succession de son ayeul : il reprend ensuite sa propre place de fils aîné dans la succession de son pere ou de sa mere, & devient heritier immediat de son pere & de son ayeul. A quoy il faut ajoûter la faveur de l'égalité, qui semble militer contre ce droit d'aînesse, entre les enfans du cadet ou de la fille.

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative. Monsieur Tiraqueau qui propose cette question en son Traité du droit d'aînesse, qu. 42. aprés l'avoir agitée de part & d'autre, confesse ne pouvoir aller jusques au port, & que sa raison est à la rade, ce sont ses propres termes, *fateor me hærere quasi in vado* ; mais nous avons un préjugé qui leve déja une partie des raisons de douter, c'est celuy qui resulte de la disposition de l'art. 324. de la Coutume de Paris, où il est dit, que *les enfans de l'aîné, soit mâles ou femelles, representent leur pere au droit d'aî-*

nesse : mais que *s'il n'y a que filles, elles font cette representation sans droit d'aînesse entr'elles*, d'où il resulte, que le droit d'aînesse, qui eût appartenu au fils aîné prédecedé, appartient à sa representation, & à ses enfans, & que l'aîné d'entr'eux y prend un droit d'aînesse, non pas tel que son pere eût eu : mais tel qu'il luy peut appartenir dans la succession de son pere, tant sur le fief qu'il auroit eu de l'ayeul, & qui est reputé de sa succession, que sur les autres biens qu'il peut avoir laissez : ce qui sera expliqué dans la suite. Cependant on peut conclure de cet article, en ce qu'il suppose que l'aîné des enfans du fils aîné prédecedé succede avec droit d'aînesse au droit d'aînesse, qui eût appartenu à son pere, comme à ses autres biens, que l'on feint comme deux successions dans cette espece. Dans la premiere, qui est celle de l'ayeul, c'est la souche, ou la representation de l'aîné, qui succede ; dans la seconde, qui est celle du pere, c'est l'aîné des petits-fils, & ses freres & sœurs, qui succedent chacun en leur particulier au fils aîné de l'ayeul : & cet aîné des petits-fils prend dans celle-cy un droit d'aînesse, quand il y a des fiefs. Ainsi il se fait entre les petits-fils une subdivision du droit d'aînesse, qui eût appartenu au fils aîné de l'ayeul, & l'aîné de ces petits-fils y ayant son droit d'aînesse, est presumé le prendre dans la succession de son pere, supposé principalement qu'il soit son heritier, comme il sera dit dans la suite : Or cette subdivision se fait de la même maniere de la part qui auroit appartenu à une fille, ou à un puîné dans la succession de l'ayeul, dans laquelle le fils aîné de la fille, ou du puîné, prend son droit d'aînesse comme dans la succession de son pere : & dans l'une ni dans l'autre espece, il ne se prend point deux droits d'aînesse dans une même succession ; mais il se fait une subdivision des droits que le fils ou la fille de l'ayeul pouvoit avoir dans sa succession. La souche succede immediatement par la representation ; mais chacun des petits-fils, qui compose la souche, partage ce dont la souche profite, comme faisant partie de la succession du pere. La Coutume d'Anjou, art. 224. donne un droit d'aînesse pour chaque representation, même en collaterale, ensorte qu'un arriere-neveu y a deux droits d'aînesse, l'un comme representant son pere, l'autre comme representant son ayeul dans la succession de son grand oncle.

Il faut pourtant avoüer, que cette fiction n'est présupposée dans l'art. 324. de la Coutume de Paris, qu'en faveur de l'aîné des enfans du fils aîné de l'ayeul, ce qui sera expliqué dans la suite : mais comme il est évident que la Coutume ne l'admet pas au droit d'aînesse de son pere dans son integrité, puisqu'elle dit que le droit d'aînesse, qui auroit appartenu au fils aîné de l'ayeul, appartient à tous ses enfans mâles ou femelles, elle présuppose que l'aîné des petits-fils prend son droit d'aînesse sur celuy de son pere, comme faisant partie de sa succession, ce que la Coutume d'Orleans, art. 305. dit expressément, & je ne vois pas de raison de difference, pourquoy les enfans d'un cadet prédecedé, ou d'une fille de l'ayeul, n'auront pas entr'eux un droit d'aînesse sur la part qui auroit appartenu à leur pere ou mere dans la succession de l'ayeul : car supposant cette seconde succession, qui est celle du fils de l'ayeul, il n'est plus vray de dire, dans l'un ni dans l'autre cas, qu'il soit pris deux droits d'aînesse dans une même succession, & cette interpretation n'est point contre les Loix de la representation : car s'il est vray que la representation fasse une succession immediate ; au lieu que la transmission en fait une mediate, je suppose aussi que la souche du fils aîné de l'ayeul, ou de son puîné, ou de sa fille, succede immediatement à l'ayeul. D'ailleurs il n'y a point en cela deux fictions contre ce que les Docteurs prescrivent sur la Loy 69. §. *gener in verb. placuit ff. de jure dotium*: car s'il y a une fiction dans la representation de la souche, il n'y en a point dans la subdivision.

Je vais encore plus loin, & j'estime que cette décision doit avoir lieu, non-seulement dans la Coutume de Paris, laquelle en l'art. 324. présuppose que le fils aîné du fils aîné de l'ayeul, n'a pas le droit d'aînesse de son pere en son entier ; mais un droit d'aînesse dans le droit d'aînesse de son pere, & les autres biens que son pere peut avoir laissez ; & autorise ainsi la subdivision avec droit d'aînesse ; mais encore dans les Coutumes, où le fils aîné du fils aîné de l'ayeul a tout le droit d'aînesse de son pere sans distinction : comme dans celle de Châlons, qui dit en l'art. 161. que *le fils du fils aîné prédecedé represente son pere en la succession de son ayeul ou ayeule, avec tout droit d'aînesse, & prérogative que fondit pere eût eu sur ses oncles & tantes*, & dans la Coutume de Nivernois, chap. 25. art. 4. qui porte expressément, que *l'aîné des enfans, comme representant son pere, prendra le droit d'aînesse qui eût appartenu à son pere* : ce qui n'empêche pas, à mon avis, que dans ces Coutumes, aprés que le fils aîné de l'ayeul, ou le fils aîné de son fils aîné a pris le droit d'aînesse, dans la succession de l'ayeul, s'il y a d'autres petits enfans d'une fille ou d'un autre fils de l'ayeul, il n'y ait entr'eux un autre droit d'aînesse, même sur la partie du fief qui leur sera échûë de la succession de l'ayeul par representation de leur pere ou de leur mere. Et de même si dans la souche du fils aîné de l'ayeul, lequel fils aîné est prédecedé, il y a des arrieres-petits-fils, il y aura encore entr'eux un droit d'aînesse : & ainsi à l'infini : & ma raison est, que quoique l'on vienne toûjours par representation en ligne directe, & quoique dans ces Coutumes tout le droit d'aînesse de la succession de l'ayeul, soit consommé en la personne de l'aîné du fils aîné de l'ayeul, il n'y a pas d'incompatibilité que dans les parts des autres enfans de l'ayeul, qui viennent par souches, aussi-bien que dans les autres biens des enfans de l'ayeul, il ne se trouve encore un droit d'aînesse, parce que tout cela compose une succession, qui est susceptible d'un nouveau droit d'aînesse, & quand je me suis servi de l'exemple établi, ou présupposé dans la Coutume de Paris, de la subdivision de la portion de l'aîné, laquelle se fait avec un nouveau droit d'aînesse, je ne l'ay pas proposé comme une raison de décider ; mais, comme une preuve de la possibilité de la chose : aussi cette doctrine est autorisée du sentiment de Maistre Charles du Molin en son Commentaire manuscrit sur l'art. 149. de la Coutume de Paris, d'un Arrest du 14. Avril 1557. rapporté par du Luc, & d'un du 25. Juin 1558. d'un autre du 16. May 1567. d'un du 24. May 1557. enfin d'un du 19. Aoust 1580. qui sont dans Maistre René Chopin, des privileges des rustiques, liv. 3. chap. 9. nomb. 2. Voilà ce qui concerne la succession des filles dans les fiefs : & c'est sous les exception qui viennent d'estre rapportées, qu'il faut dire, que les filles ne sont pas capables du droit d'aînesse.

8. Si cela doit avoir lieu non seulement à Paris, mais dans les autres Coutumes.

C'est donc à l'aîné mâle qu'appartient regulie- 9. Quel

repuié l'aîné entre deux gemeaux. rement le droit d'aînesse, & il est constant qu'entre deux gemeaux, celuy qui est sorti le premier du ventre de la mere est reputé l'aîné, *nec enim natura permisit simul uno impetu duos infantes de utero matris excedere, ut ordine incerto non appareat, uter in servitute libertate-ve nascatur*, dit la Loy *Arethusa 15. ff. de statu hominum*, au sujet d'une esclave à qui on avoit legué la liberté, si elle devenoit mere de trois enfans, & qui en avoit eu un d'une couche, & trois d'une autre : & il ne suffit pas même que l'enfant ait paru le premier, comme il arriva dans les couches de Thamar, celuy dont elle accoucha le dernier ayant paru le premier & passé un bras, auquel la sage-femme avoit attaché une soye, comme le rapporte le chapitre 38. de la Genese; mais il faut qu'il soit sorti le premier. Que si le souvenir de ce fait s'estoit effacé, & que le premier entre deux gemeaux ne se reconnût pas : ce qui peut arriver par la negligence des parens, & de la sage-femme, en ce cas, le plus fort & le plus robuste est reputé l'aîné, ce que l'on peut conclure par l'argument de la Loy *Si fuerit 10. sub finem ff. de reb. dub.* où il est dit, que le mâle qui est ordinairement le plus robuste, est reputé né le premier : Que si les deux gemeaux estoient d'une égale force, en ce cas, Maistre Charles du Molin dit, qu'il faut examiner si l'un des deux n'est point en quelque espece de possession du droit d'aînesse, dans l'opinion de ceux de la famille & du voisinage. Que si cela même ne se rencontroit pas, quelques-uns estiment qu'aucun d'eux ne peut avoir le droit d'aînesse : parce que *mutuo concursu se se impediunt*, & entr'autres Monsieur Cujas sur la Loy *Si fuerit ff. de reb. dub.* mais la plus commune opinion & celle d'Antonius Faber, *lib. 20. conjectur. cap. 4.* est que le droit d'aînesse doit estre partagé entr'eux : parce qu'il est vray de dire, que chacun d'eux peut passer pour le premier né : puisqu'il ne paroist point qu'il soit precedé d'aucun autre dans l'ordre de la naissance : ce qui se doit entendre des prérogatives qui se peuvent partager : car pour celles qui sont indivisibles, ils en doivent joüir alternativement, Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8. de la Coutume de Paris, gl. 1. est d'avis, qu'au défaut de toutes sortes de preuves & de conjectures, le sort doit décider du droit d'aînesse.

10. Si l'accroissement a lieu entre deux gemeaux. On a demandé, si supposé qu'en pareil cas le droit d'aînesse ait esté partagé entre les deux gemeaux, moitié par moitié, & qu'ensuite l'un des deux soit decedé sans enfans, la part de celuy-cy doit estre partagée comme une succession collaterale entre tous les freres, ou si elle doit accroistre à l'autre gemeau ? Et Tiraqueau qui propose cette question en son Traité *de jure primig. qu. 20.* est d'avis que cette portion appartiendra à celuy, par droit de non décroissement. En effet, il y avoit une conjonction naturelle & legale entre ces deux freres.

11. Si le droit d'aînesse a lieu entre les enfans legitimez. Il faut traiter à present du fils qui a esté legitimé, & il y a quatre questions à cet égard. La 1. de sçavoir, si le legitimé par Lettres du Prince peut obtenir le droit d'aînesse, lorsqu'il y a des enfans legitimes nez depuis sa legitimation : La 2. si entre des enfans nez de mêmes parens, mais dont les uns sont nez dans le concubinage, les autres dans le mariage, l'aîné des premiers qui ont esté depuis legitimez, doit avoir le droit d'aînesse. La 3. si le fils né dans le concubinage & legitimé, peu aprés par un mariage subsequent, peut prétendre le droit d'aînesse sur l'aîné du second mariage. La quatriéme, si un pere ayant eu un fils d'une concubine, depuis ayant épousé une autre femme, dont il a eu un fils, & aprés la mort de cette femme ayant repris & épousé sa concubine, le fils né dans le concubinage & legitimé par ce dernier mariage, doit avoir le droit d'aînesse au préjudice du fils qui est né du premier mariage.

A l'egard de la premiere, elle n'est pas susceptible de beaucoup de difficulté : car tant qu'il y a des enfans legitimes, non seulement les legitimez par Lettres du Prince, ne peuvent pas prétendre le droit d'aînesse; mais non pas même de part afferente en la succession, soit que les Lettres de legitimation contiennent la clause de pouvoir succeder, soit qu'elles ne la contiennent pas, si ce n'est qu'elles soient enterinées du consentement des interessez, c'est à dire, du pere, & des enfans legitimes, auquel cas les enfans legitimez pourront succeder, mais sans droit d'aînesse. Le Vest chap. 95. rapporte un Arrest qui a jugé, que pour faire succeder les legitimez par Lettres au préjudice des collateraux, le consentement des mêmes collateraux estoit necessaire: & M. d'Argentré est de cet avis dans son Traité de la legitimation, sur l'art. 356. de la Coutume de Bretagne, ch. 5. & s'appuye sur ce que dans cette Coutume, il n'est pas permis de disposer de tous ses biens, ce qui arriveroit si l'on pouvoit legitimer à l'effet de succeder sans le consentement des collateraux : c'est pourquoy il conclut, *vocando eos omnes quorum interest.* Mais M. Boyer *décis. 122. n. 1.* est d'avis contraire. Bac. Part. 2. du Droit de bâtardise, chap. 12. nomb. 6. *Joannes Galli qu. 298.* Papon en ses Arrests, liv. 21. tit. 3. Arr. 11. & ces Auteurs rapportent divers Arrests, qui ont jugé, que les legitimez par Lettres pouvoient succeder au préjudice des collateraux, & sans leur consentement, pourvû qu'il y en eût clause précise dans les Lettres. Ce qui n'est pas veritable, comme il a esté montré au chap. 2. sect. 1. distinct. 2. nomb. 13. Quoy qu'il en soit, c'est un principe qu'il n'y a point de droit d'aînesse pour les enfans legitimez par Lettres au préjudice des legitimes, soit qu'ils soient legitimez depuis la naissance des enfans legitimes, soit auparavant; & quelque clause que contiennent les Lettres, suivant l'avis de Maistre Charles du Molin, sur la Coutume de Paris, article 8. gl. 1. nomb. 47. où il en rend cette raison, que le legitimé ne peut jamais dire, qu'il soit né legitime, ni passer pour tel, *& un legitime*, dit-il, *au nomb. 54. en quelque temps qu'il soit né, le precede toujours en ordre de legitimation.* 12. Si le legitimé par Lettres peut jamais avoir le droit d'aînesse sur des enfans legitimes.

La seconde question, qui est de sçavoir, si quelqu'un ayant eu des enfans de sa concubine pendant son concubinage, & d'autres aprés l'avoir épousée, l'aîné de ceux qui sont nez durant le concubinage, & qui sont legitimez par le mariage subsequent, aura le droit d'aînesse, au préjudice de l'aîné de ceux qui sont nez durant le mariage, peut se décider par des principes constans, qui sont, 1. que la legitimation qui se fait par le mariage subsequent, est une restitution pleine & entiere. 2. Qu'elle a un effet retroactif au jour de la naissance des enfans legitimez; & quoique l'on ait quelquefois douté qu'il y eût des textes précis pour cet effet retroactif, il y en a un tres formel aux Instit. *tit. de hereditat. quæ ab intest. defer. §. 2*, où il est dit, que le mariage subsequent legitime, même ceux qui estant nez pendant le concubinage, sont decedez avant le mariage. *Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fue-* 13. Si le legitimé per *subsequens*, peut avoir le droit d'aînesse sur ceux qui sont nez du même mariage qui l'a legitimé.

rint subtracti : Or les enfans qui sont decedez avant le mariage, ne peuvent pas estre reputez legitimes du jour du mariage, puisqu'ils sont decedez avant ce jour : d'où il suit, que s'ils sont legitimez, comme ce texte le dit expressément, ce ne peut estre que du jour de leur naissance, & cela par un effet retroactif du mariage subsequent : ce qui estant présupposé, l'on peut dire, que cette espece est sans difficulté, puisqu'il n'y a rien qui empêche icy cet effet retroactif, & qu'il n'y a point de droit acquis dans l'entre-temps de la naissance de ces enfans & du mariage subsequent, qui leur fasse obstacle, comme dans l'espece qui va estre agitée. C'est pourquoy il faut conclure, que l'aîné des enfans legitimez par le mariage subsequent, sera preferé pour le droit d'aînesse à l'aîné des enfans qui sont nez depuis le mariage.

14. Si le fils legitimé par un premier mariage, peut avoir le droit d'aînesse sur un fils né d'un second mariage.

La troisiéme question où il s'agit de sçavoir, si le fils né d'un concubinage, & legitimé peu aprés par un mariage subsequent, doit avoir le droit d'aînesse, au préjudice de l'aîné d'un second mariage, me paroît susceptible de difficulté, car il suffit, que la naissance & la legitimation de l'un ait prévenu la naissance legitime de l'autre, pour faire que le premier doive avoir le droit d'aînesse, qui appartient à l'aîné des enfans naturels & legitimes. En effet, la Novelle 89. chap. 8. parlant des enfans legitimez par mariage subsequent, dit, qu'ils auront les mêmes droits que ceux qui sont nez legitimes, *semel enim eos deficientes legitimos damus habere etiam successiones illas, quas habent ei, qui ab initio legitimi sunt*, d'où il suit, sans traiter la question de l'effet retroactif, ou dévolutif de la legitimation *per subsequens*, que dés que l'enfant est legitimé, il doit avoir les droits qu'il auroit eus, s'il estoit né legitime : & par consequent le droit d'aînesse, preferablement à ceux qui sont nez d'un mariage, qui est posterieur à la legitimation, & c'est l'opinion de Jean André sur la regle *sine culpa*.

15. Si le bâtard né avant tout mariage & legitimé depuis par un second mariage, a le droit d'aînesse sur ceux qui sont nez d'un premier mariage.

La quatriéme question est plus susceptible de difficulté : car d'un côté la regle est, que pour sçavoir quel est l'aîné, l'on considere qui est le plus âgé des fils legitimes, au temps de la mort : Or la naissance des enfans qui viennent pendant un mariage intermediaire, entre la naissance des bâtards, & leur legitimation par un mariage subsequent, n'empêche pas que le fils aîné, qui est né avant le mariage, & qui est legitimé par un second mariage contracté avec sa mere, ne soit veritablement l'aîné des fils legitimes au temps de la mort du pere : puisque l'on donne cet effet au mariage subsequent, suivant la Loy *Divi Constantini C. de natur. lib.* Aussi les enfans ainsi legitimez doivent estre instituez heritiers, ou desheritez nommément, ils revoquent le testament intermediaire entre leur naissance, & leur legitimation, selon Michel Grassus, *§. succeff. ab intest, qu. 19. n. 3.* ils font manquer la condition *si sine liberis decesserit*, selon Balde, en son Conseil 329. ils donnent atteinte aux donations entre-vifs, & la Loy *Si unquam C. de revocat. donat.* s'applique à leur profit, selon Boërius, *décis. 159.* ce qui a lieu à l'égard de celles mêmes qui sont faites par des contrats de mariage, selon le même nomb. 8. Ainsi la legitimation qui survient par un mariage subsequent, a son effet au préjudice d'un droit acquis au profit d'une tierce personne, ce qui leve une des principales objections de Maistre Charles du Molin, lequel est d'avis contraire.

Raisons pour la negative.

Raisons pour la negative.

D'un autre côté l'on dit, que les enfans legitimez par un mariage subsequent aprés un premier mariage, qui a esté intermediaire entre la naissance des enfans, & cette legitimation, ne peuvent pas obtenir le droit d'aînesse contre les enfans du premier mariage ; parce que l'effet retroactif du mariage subsequent, ne peut pas avoir lieu au préjudice du droit acquis à l'aîné du premier mariage, & dont il a esté saisi du vivant du pere : qu'il y a bien de la difference entre cette espece, & la seconde cy-dessus ; parce que dans la seconde l'aîné de ceux qui sont nez dans le concubinage, venant en concurrence avec l'aîné de ceux qui sont nez du mariage subsequent, & qui sont ses freres germains, il est vray de dire que celuy-cy n'a point de droit formé lors de la legitimation, qui empêche qu'elle n'ait un effet retroactif, puisqu'il n'est né que du mariage subsequent qui legitime ; & qu'ainsi il n'a point prévenu la legitimation. Outre que celuy-cy ne doit pas envier le droit d'aînesse à son aîné, qui bien souvent a esté la cause que son pere a contracté le mariage, qui luy a donné la naissance. *Cum gratias agere fratribus suis posteriores debeant, quorum beneficio ipsi sunt justi filii & nomen & ordinem consecuti*, dit la Loy *Cum quis 10. C. de natur. lib.* Au lieu qu'en supposant un mariage anterieur à celuy qui produit la legitimation, & des enfans déja nez de ce mariage, il est vray de dire que le droit d'aînesse est déja rempli & occupé par l'aîné de ces enfans avant la legitimation des bâtards, & que cette legitimation ne peut pas l'en déposseder, ni avoir d'effet retroactif à son préjudice, parce qu'il a esté un temps où il estoit le premier né & legitime heritier, n'ayant lorsque des freres naturels entierement incapables du droit d'aînesse. c'est pourquoy Maistre Charles du Molin conclut contre le legitimé, & en faveur de l'aîné du premier mariage, sur le §. 8. de la Coutume de Paris, glose 1. nomb. 34. & suivant.

Quoiqu'il faut convenir que l'opinion de Maistre Charles du Molin soit la plus commune, elle n'est peut-estre pas la plus juste : & voicy les raisons qui m'ont déterminé à conclure pour l'opinion contraire.

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative.

La premiere, qu'il n'y a point de disposition particuliere, qui attribuë le droit d'aînesse au premier fils né d'un mariage legitime : ou au premier fils d'un mariage legitime : ou au premier fils procreé d'un mariage legitime : ou au premier fils naturel & legitime ; mais les Coutumes parlent ordinairement du fils aîné, & laissant les choses dans nostre droit commun, qui n'admet que les enfans legitimes aux successions, elles ne specifient rien davantage pour la succession des fiefs, que pour celle des autres biens ; pour le droit d'aînesse, que pour le reste du fief. Et cette observation est tres importante pour la question proposée : car comme l'on n'a jamais douté que dans une substitution faite sous cette simple condition, si l'institué meurt sans enfans, les enfans legitimez par un mariage subsequent, ne fissent cesser la substitution ; mais seulement au cas que la condition fût telle, s'il meurt sans enfans nez ou procreéz d'un mariage legitime, laquelle controverse se trouve chez la plûpart des Docteurs, & entr'autres, chez Menochius, liv. 4. pr. 81. Fachineus, liv. 4. chap. 54. Alexandre, liv. 4. Conseil 2. Aussi il semble que l'on peut conclure que la Coutume ne demandant point d'autre condition pour le droit d'aînesse, que pour la succession

des fiefs, comme le legitimé par mariage subsequent, prend part dans les fiefs, au préjudice des enfans nez d'un mariage legitime, qui est anterieur : aussi il peut obtenir sur eux le droit d'aînesse.

La seconde est, que quelque chose qu'en dise Maistre Charles du Molin, le droit d'aînesse n'est gueres plus acquis pendant la vie du pere, que le droit de succeder : & le droit anticipé du fils, & pour le droit d'aînesse, & pour le reste des biens, est à peu prés égal : & il est certain que l'aîné ne pourroit pas plus disposer du vivant de ses pere & mere, de son droit d'aînesse, qu'un autre fils de sa part afferente en la succession : ainsi le fils legitimé, né d'un premier mariage, n'a pas plus prévenu pour le droit d'aînesse, que pour le reste de la succession : & rien ne doit empêcher que le mariage subsequent, n'ait son effet retroactif pour l'un & pour l'autre ; d'autant plus que cet effet a son fondement sur la présomption naturelle de la volonté du pere, qui marque assez par un second mariage, qui luy sert à acquiter sa conscience, qu'il avoit déferé le premier à des respects humains, & qu'il execute alors dans un temps plus libre, ses premiers desseins, *neque enim verisimile est eum qui postea vel donationem, vel dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuisse, quæ eam dignam esse uxoris nomine faciebat*, dit cette même Loy *cum quis 10. C. de natur. lib.* qui vient d'estre citée.

La troisiéme raison est, que supposé même que le fils aîné du premier mariage se pût dire, en quelque sorte de possession du droit d'aînesse du vivant du pere, ce qui ne pourroit consister que dans une simple esperance, il ne seroit pas extraordinaire de le voir déchoir de cette esperance, par l'effet retroactif d'un mariage subsequent : & cela n'est pas sans exemple : puisque si un pere avoit fait son testament, sans faire mention de ses enfans naturels, & qu'il les legitimât ensuite par un mariage subsequent, le testament seroit nul par cette repetition, selon Decius, sur la Loy *Posthumo C. de bon. possess. contra tab.* Mais l'exemple cy-dessus, d'une donation entre-vifs, laquelle, quoiqu'elle saisisse, & soit un droit formé du vivant du donateur, est neanmoins revoquée par la legitimation, qui arrive par le moyen du mariage subsequent, selon Monsieur Boyer, *décis. 159.* semble encore plus fort : & peut-on s'étonner qu'un droit, qui a un ancien fondement dans la nature, & qui se perfectionne ensuite par le Sacrement, & par le contrat civil, soit preferé à un droit intermediaire : puisque l'on voit arriver quelque chose de semblable en matiere d'hypoteques, & qu'un creancier qui a contracté entre la donation que son debiteur a faite, & l'insinuation de cette même donation, est frustré par l'effet retroactif de cette insinuation : pourvû qu'elle soit faite dans le temps de l'Ordonnance.

Enfin, l'on peut citer Maistre Charles du Molin contre luy-même : car s'il estime que l'aîné des enfans legitimez par le mariage subsequent, est préferable, pour le droit d'aînesse, à l'aîné des mâles nez dans le mariage subsequent, estant tous deux d'une même mere, il faut aussi conclure qu'il le doit estre au fils aîné d'un mariage intermediaire. En effet, s'il faut estre legitime au moment de la naissance, pour obtenir le droit d'aînesse en concurrence avec d'autres enfans, qui sont nez legitimes, on doit dire que l'aîné du mariage subsequent le doit emporter sur l'aîné de ceux qui sont legitimez par le même mariage : que s'il suffit, pour avoir le droit d'aînesse, d'estre le premier né entre les masles, & d'estre legitime d'une legitimation pleine & absoluë, comme celle qui arrive par l'effet d'un mariage subsequent, il faut conclure dans l'espece, dont il s'agit, pour l'aîné des legitimez, contre l'aîné du mariage intermediaire : & il n'y a point d'autre difference entre ces deux especes, que cette prétenduë préoccupation du droit d'aînesse, que Maistre Charles du Moliu attribuë à l'aîné du mariage intermediaire, & que l'on ne peut pas s'imaginer en la personne de l'aîné du mariage subsequent, laquelle je viens de montrer estre une simple esperance, qui peut estre aisément détruite par l'effet d'un mariage subsequent.

Sur ce même fondement, l'aîné du mariage putatif, mais dont les enfans sont reputez legitimes à cause de la bonne foy de leur pere ou de leur mere, estant capable de succeder, obtiendra aussi le droit d'aînesse, contre l'aîné du mariage subsequent.

Il est aisé de conclure de ce qui a esté dit cy-dessus, touchant la representation, qu'elle a lieu au profit des enfans du fils aîné pour le droit d'aînesse : quoique Monsieur Cujas sur le livre 2. des Fiefs, titre 11. dise, que cette representation a lieu dans l'usage, & non pas dans le Droit ; parce que la representation approche bien le plus éloigné ; mais n'exclut pas le plus proche. *Si exemplis, non legibus certare licet, non desunt exempla, quibus probetur patruum excludi*, & plus bas, *juris rationibus si certamus, potior est filii causa ; quam nepotis ex filio primogenito.* En effet, dans le droit des Lombards liv. 1. tit. 4. le petit-fils succedoit seulement avec ses oncles par representation. Le Pape Boniface II. regla la chose en faveur du puîné, contre les enfans de l'aîné ; en l'affaire de Robert, fils puîné de Charles II. Roy de Sicile. L'on sçait neanmoins cette fameuse querelle qui fut vuidée par le sort des armes sous l'Empereur Othon I. & dont la décision fut, que le fils de l'aîné seroit préferé au second fils, pour le droit d'aînesse : & dans nostre Droit, nous avons subrogé les enfans de l'aîné à tous ses droits, & nous avons crû suivre en cela les démarches de la nature, qui fait une subrogation perpetuelle des enfans aux peres. Nous avous consideré que le pere & le fils n'estant qu'une seule personne, le fils aîné est en quelque façon, saisi de son droit d'aînesse du vivant du pere, & que par consequent ce droit ne doit point sortir de sa maison par son prédecés. Enfin, cela s'est reglé d'abord pour les successions les plus importantes, & dans la suite ce Reglement s'est étendu sur toutes les successions des fiefs. Voyez Hotoman *Controv. nepot. & patrui.* Covarr. Prat. qu. cap. 39. Tiraqueau *de jure primog. qu. 40.* Mais il faut se souvenir de ce qui a esté touché cy-dessus, que la Coutume de Paris ne donne pas au fils aîné de l'aîné le même droit d'aînesse, que son pere auroit eu en la succession de l'ayeul ; mais seulement le droit d'aînesse qui luy appartient dans la succession de son pere, eu égard au nombre des enfans que le pere a laissez. C'est pourquoy si l'ayeul n'avoit que deux fils, & que l'aîné qui est prédecedé en ait laissé trois, supposé qu'il n'ait point laissé d'autres biens, ses enfans auront par representation son droit d'aînesse, & la moitié des biens roturiers de l'ayeul ; mais au lieu que son droit d'aînesse est composé des deux tiers des fiefs, qui sont dans la succession de l'ayeul, son fils aîné petit-fils de celuy *de cujus bonis agitur*, n'aura que la moitié dans les deux tiers à titre de préciput, avec le princi-

16. De la representation au droit d'aînesse.

pal manoir : parce que l'article 324. de la Coutume de Paris, dit, que tous les enfans du fils aîné le representent au droit d'aînesse, & en disant aprés cela, que quand ce ne sont que filles, elles le partagent sans autre droit d'aînesse entr'elles, il suppose que quand ce sont des mâles, la subdivision se fait avec droit d'aînesse, & en cela l'article a plus dit qu'il n'a écrit : au lieu que dans plusieurs autres Coutumes, qui ont esté citées cy-dessus, l'aîné de l'aîné s'applique à luy seul tout le droit d'aînesse qui eût appartenu à son pere, lequel il represente dans la succession de l'ayeul. Et dans celle d'Anjou, articles 223. & 224. l'aîné prend autant de droit d'aînesse, qu'il monte de degrez de representation, quoiqu'il n'ait, en ce cas, qu'un unique préciput, c'est à dire, un Château, ou manoir, & hebergement. Je vais plus loin : car supposant qu'au temps de la mort de l'ayeul, il n'y ait plus que deux petits-fils, le troisiéme estant decedé aprés son pere, mais avant l'ayeul de ces petits-fils, l'aîné n'aura encore qu'une moitié dans ce qui échera à la souche pour le droit d'aînesse du pere : parce que c'est son droit d'aînesse en la succession du pere, qui fait partie de celuy de sa souche en la succession de l'ayeul, & se regle par consequent sur le nombre des petits-fils au temps du decés du pere. La preuve en peut estre tirée de la disposition du même article 324. de la Coutume de Paris, qui declarant, que quand il n'y a que des petites-filles, il n'y a point de droit d'aînesse entr'elles, signifie assez que quand il y a des petits-fils, ils ont un droit d'aînesse dans la subdivision; non pas tel que le pere l'auroit eu, mais tel qu'il se doit prendre dans la succession du pere : d'où il suit que ce droit dépend du nombre des petits-fils qui sont au temps de la mort du pere, & non du nombre qui se trouve au temps de la mort de l'ayeul : & que par consequent dans l'espece proposée, y ayant eu trois petits-fils lors de la mort du pere, quoiqu'il n'y en ait eu que deux lors du decés de l'ayeul, ce droit d'aînesse, qui a lieu dans la subdivision, ne doit estre que de la moitié dans les fiefs, & non des deux tiers. Aussi supposé que les petits-fils eussent renoncé à la succession du pere, il n'y auroit point eu de droit d'aînesse dans la subdivision : & la souche auroit partagé également ce qui luy seroit venu de fief de la succession de l'ayeul.

17. Si le petit-fils qui vient par representation, peut avoir le droit d'aînesse, quoiqu'il renonce à la successiõ du pere.

Ce qui estant présupposé, l'on peut demander si les petits-fils renonçant à la succession de leur pere, & venant à la succession de leur ayeul par representation, l'aîné d'entr'eux aura quelque préciput & avantage sur ses freres dans les fiefs qu'il trouve dans cette succession de l'ayeul. Car il est constant, 1. que le petit-fils peut venir par representation à la succession de l'ayeul, sans estre heritier de son pere qu'il represente : & il y en a un Arrest du dernier Decembre 1556. rapporté par Charondas sur l'article 319. de la Coutume de Paris. 2. Que celuy qui vient par representation, a tous les privileges & avantages qu'auroit eu la personne qu'il represente. Ainsi les petits-fils, quoique renonçant à la succession du pere, auront son droit d'aînesse dans la succession de l'ayeul; mais la question est de sçavoir, si l'aîné d'entr'eux aura quelque avantage dans la subdivision? Et pour me determiner d'abord sur cette question, j'estime qu'il faut distinguer les Coutumes : & que dans la Coutume de Paris & autres semblables, qui ne donnent pas à l'aîné du fils aîné le même droit d'aînesse, que son pere auroit eu dans la succession de l'ayeul; mais qui donnent ce droit d'aînesse à tous les enfans de l'aîné, il faut conclure que l'aîné du fils aîné de l'ayeul, lorsqu'il renonce à la succession de son pere, n'a point de préciput dans les fiefs de l'ayeul, (si ce n'est en nom collectif & comme faisant partie de la souche.) En un mot, qu'il partage également, en ce cas, avec ses freres & sœurs, ce que son pere auroit eu dans les successions de l'ayeul : Et il en faut dire autant des enfans d'un second fils, ou d'une fille de l'ayeul, qui sont prédecedez : car ces petits-fils renonçant à la succession de leur pere ou mere, & venant à la succession de l'ayeul, partageront également les fiefs qui tomberont dans leur lot : avec cette difference neanmoins, que les enfans de l'aîné auront son droit d'aînesse dans la succession de l'ayeul, lequel ils partageront également, comme il vient d'estre dit, au lieu que les enfans d'un second fils, ou d'une fille, prendront leur part afferente seulement dans la même succession. Ainsi la part des premiers sera plus forte; mais la subdivision se fera toûjours par égales parties. Et le fondement de ma proposition est, qu'on ne peut avoir de droit d'aînesse qu'à titre d'heritier, & qu'il y a même des Coutumes qui appellent cette prérogative de l'aîné son droit hereditaire, comme la Coutume d'Orleans, art. 95. ce qui se peut autoriser par une disposition du liv. 4. des Fiefs, tit. 4. où il est dit, qu'un fils ne peut pas renoncer à la succession & accepter le benefice, c'est à dire, le fief, quoique cela fût permis aux autres heritiers. C'est pourquoy si le petit-fils, qui renonce à la succession de son pere, & qui vient à celle de son ayeul, prenoit un droit d'aînesse en son particulier, il resteroit qu'il le prît comme heritier de son ayeul : Or il en prend déja un avec ses freres dans cette même succession de l'ayeul, ainsi il doit estre content de ce droit qu'il doit subdiviser également avec ses freres, tant qu'il renonce à la succession de son pere : car une même succession ne peut pas souffrir deux droits d'aînesse. D'ailleurs, l'article 324. de la Coutume de Paris, présuppose, à la verité, que lorsqu'il y a un mâle entre les petits enfans, il y a entr'eux un droit d'aînesse; mais ce qui montre qu'il se doit entendre au cas que le petit-fils soit heritier de son pere, c'est qu'il donne ce droit d'aînesse du pere dans la succession de l'ayeul à tous les enfans indistinctement, mâles ou femelles : aprés quoy il ne peut plus établir de second droit d'aînesse que dans la subdivision, & dans la succession du pere, supposé que les petits-fils soient ses heritiers. Autre chose est des Coutumes dans lesquelles l'aîné du fils aîné a le droit d'aînesse de son pere en son entier, comme celles de Troyes, art. 92. de Châlons, art. 161. & de Nivernois, chapitre 25. art. 4. car comme on ne donne pas le droit d'aînesse dans ces Coutumes à la representation & à la succession de l'aîné; mais à celuy qui entre en son lieu & place par sa qualité personnelle d'aîné de la famille, il est certain que l'aîné du fils aîné de l'ayeul y peut obtenir le droit d'aînesse de son pere, au préjudice de ses freres & sœurs, quoiqu'il renonce à sa succession, & qu'il luy suffit d'estre heritier de l'ayeul.

Comme on ne peut avoir de droit d'aînesse qu'à titre d'heritier, les enfans qui se tiennent au doüaire, doivent partager entr'eux également, & sans prérogative d'aînesse, les fiefs sujets au doüaire : la nouvelle Coutume de Paris en l'art. 250. le décide expressément : & ç'a esté de tout temps la bonne Jurisprudence : car quoiqu'il y ait eu avant la reformation quelques Arrests contraires, & entr'autres un de la prononciation 18. S'il y a droit d'aînesse entre douairiers.

de Noël de l'an 1632. rapporté par Maistre Guy Coquille, en ses Questions de Coutumes, qu. 255. neanmoins il s'en trouve de beaucoup plus anciens qui ont jugé l'exclusion du droit d'aînesse, & entr'autres, un du 1. Février 1492. rapporté par Papon en ses Arrests, livre 21. titre 5. Arr. 4. Aussi Maistre Charles du Molin dans sa Note sur l'art. 112. de la Coutume de Valois, qui est une de celles qui admettent le droit d'aînesse dans le partage du doüaire, dit que c'est un droit particulier contraire à ce qui avoit esté jugé dans la Coutume de Paris, qui n'en disposoit point en ce temps, par un ancien Arrest rendu pour la Maison de Montmorency, qui est celuy qui vient d'estre cité: ce qu'il fonde sur une raison invincible, que le doüaire se prend à titre de contrat, & non pas de succession. Et cet Auteur a toûjours reclamé contre les Coutumes qui singularisent sur ce sujet, comme la Coutume d'Estampes, sur laquelle il a dit, que la fin de l'article 132. qui porte, *& en tel doüaire y a prérogative de droit d'aînesse*, avoit esté ajoûté à la suggestion d'un des Commissaires, qui estoit de cette opinion, ou avoit interest que cela fût ainsi décidé: ce qui marque combien Maistre Charles du Molin estant constant dans cette opinion: quoiqu'il faut dire en passant, qu'il n'a pas assez épargné nos Legislateurs, & les Reformateurs des Coutumes, comme il se voit en sa Note sur l'article 14. du chap. 34. des Successions de la Coutume de Nivernois, qui porte *qu'en succession collaterale le frere exclut sa sœur*: où il dit, *ex anno 1536. audiebam Burgonium sibi scribi curasse in rem suam, ut suam excluderet*: Ce que Maistre Guy Coquille, qui estoit neveu par sa mere de Monsieur Bourgoin, Conseiller en la Cour, lequel avoit esté Commissaire pour la reformation de cette Coutume, releve avec justice, justifiant que Monsieur Bourgoin n'avoit aucun interest dans cette disposition. Quoy qu'il en soit, la plus saine opinion a toûjours esté de dire, que dans les Coutumes qui n'en parlent point, il n'y a point de droit d'aînesse entre les enfans, qui se tiennent au doüaire, soit parce que, comme il vient d'estre dit le droit d'aînesse ne se peut obtenir qu'à titre d'heritier, & que le doüaire présuppose une renonciation à la succession du pere, duquel il procede, les Arrests ayant jugé, que le doüaire est reputé paternel, & entr'autres celuy du 23. Decembre 1551. rapporté par Maistre Guy Coquille, qu. 255. soit parce que les enfans ayant leur doüaire par la disposition de la Loy & de la Coutume, il suffit qu'une Coutume ne leur donne point le droit d'aînesse sur le doüaire, pour conclure qu'ils n'en peuvent obtenir: A plus forte raison lorsqu'elle appelle en general tous les enfans au doüaire, comme font la plûpart des Coutumes: car alors l'on peut dire de la disposition de la Coutume, ce qui se dit d'une disposition testamentaire dans laquelle l'institution indéfinie de plusieurs personnes, est présupposée faite par égales parties, *L. 17. ff. de hered. instit. L. 9. §. 13. L. 10. & 11. eod.* & il y en a un Arrest pour la Coutume de Chartres du 31. Mars 1582.

Il en faut dire autant de tout ce qui ne s'obtient pas à titre d'heritier, comme une continuation de communauté: car il n'y a point de droit d'aînesse sur le fief, dont on profite à ce titre, suivant la disposition précise de l'art. 216. de la Coutume d'Orleans.

19. Si le legitimaire peut prétendre un droit d'aînesse. Il y a plus de difficulté pour ce qui concerne la legitime: car on doute si un fils legitimaire peut prétendre quelque droit d'aînesse, & en quoy consistent les prérogatives d'un aîné, lequel est reduit à sa legitime?

Il semble sur la premiere question, que ce qui est retranché pour la legitime des enfans, doit estre partagé entr'eux également. L'Authentique *de triente & semisse cap. 1.* disant, *singulis ex æquo dividundo*, & plus bas, *sed quod contigerit unumquemque per omnia æquum esse in qualitate & quantitate*: mais cela n'est point de nôtre Droit, qui, à la difference du Droit Romain, donnant un droit d'aînesse dans les fiefs, & reglant la legitime à la moitié, ou autre quotité de ce que le fils auroit eu *ab intestat*, donne necessairement à l'aîné une plus grande portion dans les biens feodaux, qu'aux autres legitimaires: mais ces prérogatives de l'aîné legitimaire s'expliquent diversement: & c'est ce qui fait la matiere de la seconde question.

20. En quoy consistent les prérogatives de l'aîné reduit à sa legitime. Les uns tiennent, qu'il doit avoir son droit d'aînesse en son entier, & la moitié de ce qu'il auroit eu dans les biens roturiers, si le pere n'avoit point disposé: Les autres estiment, qu'il ne doit avoir que la moitié du tout: & les autres, qu'il ne doit avoir à la verité que la moitié de la plus grande portion, qu'il auroit euë *ab intestat* dans les fiefs; mais qu'il doit avoir le principal manoir en son entier, comme chose de sa nature indivisible.

Pour dire mon avis sur cette question, supposé que l'aîné poursuive sa legitime contre des étrangers, & non contre un puîné, à qui le pere, par une injuste prédilection, ait voulu transporter le droit d'aînesse, [☞ (auquel cas l'aîné a ses préciputs & droits d'aînesse en leur entier, par l'effet de l'action revocatoire,)] la seconde opinion me semble la meilleure & la plus seure: parce qu'elle est conforme à la Coutume, qui donne pour la legitime la moitié de ce qu'on auroit eu sans les dispositions: & elle ne me semble pas contraire à la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 216. de l'ancienne Coutume d'Orleans, où il dit, que la reserve de la legitime, *non solum refertur ad legitimam juris; sed etiam ad prærogativas consuetudinis, ut primogenituræ*: mais il est certain qu'elle est conforme à l'avis de Maistre René Chopin, liv. 2. tit. 3. nomb. 12. où il est dit, *Franci qui patriis tenentur institutis, legitimam metiuntur hereditariis portionibus, quæ consuetudine primogenitis; non quæ liberis ex æquo deferuntur, & hoc casu protogonus nobilis legitimæ nomine deducet dimidiam natalitiæ suæ perceptionis; non autem partis natalitiæ cum aliis exæquatæ.* Aussi dans l'Arrest du 14. Avril 1564. dont il sera parlé incontinent, l'on offrit au fils aîné la moitié dans les deux tiers, & dans le principal manoir, qu'il auroit eu *ab intestat*, & cela passa pour un droit constant. Mais cela a esté jugé disertement dans l'Arrest du 30. Aoust 1664. en faveur des creanciers de Nicolas de Prenelay, ausquels on donna, pour sa legitime, la moitié de sa portion afferente, tant dans son préciput & droit d'aînesse dans les fiefs, que dans sa portion égale des rotures.

L'on peut ajoûter, que la premiere opinion est trop avantageuse à l'aîné: car pourquoy n'ayant pour sa legitime que la moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat*, dans les autres biens, aura-t-il tout son droit d'aînesse dans les fiefs? D'ailleurs toutes donations de fief ne sont pas reputées en fraude du droit d'aînesse, & c'est ce qui peut servir à concilier les Arrests. Car quand le pere transfere ses fiefs en la personne d'un cadet, par une affectation visible de frustrer son aîné de son droit d'aînesse, & d'en faire passer

le profit en la personne de son puîné, alors il y a action revocatoire pour faire rendre à l'aîné sont droit d'aînesse : parce que la disposition du pere, blesse un droit fondé sur un interest public, & que c'est la nature & non le choix, ni le caprice du pere qui fait un aîné : mais quand l'aîné ne peut point venir par cette action revocatoire : & quand il ne vient que par la querelle d'inofficiosité, & par une simple demande de legitime, la Coutume, qui prescrit la quotité de la legitime, la regle aussi-bien pour son droit d'aînesse, que pour le surplus, n'ayant jamais esté dit nulle part, que la legitime fût la portion entiere, ce qui iroit même à énerver & aneantir les substitutions, sur lesquelles les creanciers d'un aîné déduisant un droit d'aînesse en son entier, consommeroient entierement la matiere des substitutions.

Ainsi soit que le pere ait donné à des étrangers au préjudice du droit d'aînesse, soit qu'il ait substitué à son aîné par une substitution fideicommissaire, & non exemplaire, la legitime de l'aîné n'est que la moitié de tout ce qu'il auroit eu *ab intestat*. Mais il semble qu'encore que les premiers donataires d'entre ces étrangers soient les donataires du fief, neanmoins l'aîné prendra sa legitime sur les deniers : parce que c'est l'ordre de la perception de la legitime.

21. Pourquoy il est plus permis d'entâmer un droit d'aînesse en faveur d'un étranger que d'un puîné. L'on demandera peut-estre pourquoy il est plus permis de disposer au profit d'un étranger, que d'un fils puîné, lorsque l'on dispose au préjudice de l'aîné? & pourquoy l'aîné en ce cas n'obtient que la moitié de son droit d'aînesse contre l'étranger, & obtient le tout par l'action revocatoire contre son puîné?

La réponse est double : car 1. la donation du fief faite à l'étranger, n'est pas reputée faite specialement en fraude du droit d'aînesse, comme celle par laquelle un pere gratifiant son puîné du fief de la maison, affecte de troubler l'ordre de la nature, & de faire changer de place à tous ses enfans.

2. En ces cas l'on défunt le plus ce qui se pratiqueroit plus souvent au préjudice du droit d'aînesse : Or il est bien plus ordinaire qu'un pere donne à son puîné au préjudice de son aîné, que non pas à un étranger. C'est ainsi qu'aprés qu'un pere a marié son fils comme principal heritier, il peut bien donner à un étranger, mais non pas à un puîné, au moins au delà de sa legitime; & c'est l'espece de l'Arrest du 27. Mars 1599. rendu en la Chambre de l'Edit, au profit de Monsieur le Duc d'Espernon, contre Madame de Montpensier : en tous ces cas, les puînez estant plus prohibez, parce qu'il est plus ordinaire de les preferer à l'aîné, que des étrangers.

22. Pourquoy il est plus permis de préjudicier au droit d'aînesse dans les Coutumes de Picardie que dans les autres. De même dans les Coutumes de Picardie, où le droit d'aînesse est exorbitant, l'on y a reduit la legitime de l'aîné dans les cas même, où les puînez estoient avantagez à son préjudice, à la moitié de tout, & les Arrests en sont rapportez sur ces Coutumes. A quoy l'on s'est porté par un juste temperamment, & pour moderer en cette espece, imprévuë dans ces Coutumes, les avantages excessifs qu'elles font aux aînez : car par exemple, l'art. 71. de la Coutume d'Amiens donne au fils aîné, ou à la fille aînée, tous les heritages feodaux, nobles, abregez ou restraints, c'est à dire, ceux desquels le vassal a autrefois racheté du Seigneur l'hommage ou le service, moyennant quelque redevance ou rente infeodée, sauf le quint heredital des puînez. Celle de Ponthieu donne la succession à l'aîné, sauf le quint de vivre naturel des puînez : Or ces avantages sont si considerales, que, comme les peres se portent volontiers à les moderer, on les a autorisez en cela, afin que ces Coutumes estant fondées sur la présomption de la volonté des hommes, qui se portent, particulierement en ces Provinces, à soûtenir les familles en la personne des aînez : & ces Coutumes faisant sur ce fondement des avantages excessifs aux aînez, la volonté expresse des peres fasse cesser cette présomption, & modere l'excés de ces droits d'aînesse, & suivant la maxime ordinaire que *expressum facit cessare tacitum*.

L'on a encore eu une seconde raison pour permettre aux peres dans ces Coutumes de moderer le droit d'aînesse, c'est qu'elles donnent ce droit à titre de quotité seulement; par exemple, elles donnent le total à l'aîné, sauf le quint heredital, ou donnent les quatre quints dans les fiefs; mais elles ne donnent pas les quatre quints par préciput. Tellement que l'aîné prenant son avantage dans ces Coutumes, comme quotité & portion hereditaire, & comme de la main du pere, & non pas comme un préciput legal & Coutumier, il est permis au pere de luy retrancher quelque chose de ce qu'il tient de luy, & principalement des acquests tenus en fief : au lieu que dans nos Coutumes l'aîné tenant son droit de la disposition de la Loy, le pere ne luy en peut rien retrancher : non plus qu'un pere ne peut rien rogner sur la legitime, sur les quatre quints des propres, sur le second chef de l'Edit des secondes nôces, un conjoint noble sur le préciput legal des nobles, & en Droit l'affranchi sur la quarte de son patron. Or cette difference se verifie dans ces Coutumes : car au lieu que la Coutume de Paris, articles 15. & 16. appelle préciput, même la plus grande portion de l'aîné au residu, son manoir deduit; celles de Picardie donnent ou le total des fiefs, ou les quatre quints, & toûjours par quotité. Ce qui se voit en l'art. 71. de celle d'Amiens, en l'art. 169. de celle de Noyon, en l'art. 1. de celle de Ponthieu. 23. Difference entre les Coutumes qui donnent le droit d'aînesse par préciput; & celles qui le donnent par quotité.

Enfin, il y en a une troisiéme raison : c'est que la plûpart de ces Coutumes font une espece de legitime feodale au profit des heritiers en general; laquelle on a crû devoir suffire pour l'aîné, comme pour les autres heritiers, & que le pere en devoit estre plus libre, de retrancher quelque chose du droit d'aînesse, à celuy à qui cette legitime estoit assurée. Car elles obligent de reserver une plus grande quotité des propres feodaux, que des propres roturiers. Ainsi celle de Peronne, art. 165. ne permet de disposer que du quint des propres feodaux; & permet neanmoins de disposer du tiers des propres censuels. De même celle de Noyon, art. 17. ainsi celle de Dreux, art. 82. permet de leguer le quint seulement des propres tenus en fief, & le quart des propres en roture : ainsi la Coutume de Laon, art. 60. permet de leguer la moitié du naissant roturier; mais le tiers seulement du naissant feodal. 24. De la legitime coutumiere & feodale des Coutumes de Picardie.

☞ Il en seroit autrement, au cas qu'un pere eût affecté en ces Coutumes de donner tout aux puînez, & d'oster tout à l'aîné, contre l'esprit de ces Coutumes, qui donnent tout à l'aîné, & ostent tout aux puînez, à l'exception d'un quint, ou autre quotité en usufruit, ou en proprieté; ce qui s'est presenté au Palais pour la Coutume de Ponthieu, où une mere n'ayant que des meubles & acquests, les legua pour le tout à ses puînez :

car

car en ce cas, le legs est en fraude de l'avantage legal. C'est ainsi qu'aprés une institution contractuelle, on peut bien faire des donations particulieres entre-vifs, mais si on fait une donation universelle, ou que l'on consomme tout par des donations particulieres, les dispositions sont reputées en fraude l'institution. L'aîné a donc en ce cas l'action revocatoire, & doit être maintenu dans tous les meubles & acquests, à l'exception de ce qu'on jugera équitablement avoir pû être donné par le pere ou la mere, comme un quint datif.]

25. Quel est le droit de l'aîné reduit à sa legitime, quand il n'y a pour tous biens qu'un fief, consistant en un seul manoir.

Il y a un second cas, où il faut examiner quel est le droit de l'aîné dans les fiefs, c'est quand il n'y a qu'un fief dans la succession, consistant en un seul manoir : & il est constant que s'il arrive que le droit d'aînesse blesse la legitime des puisnez, elle luy est preferée, comme plus ancienne, & ayant son fondement dans la nature, dont les Loix ne peuvent être abolies par des dispositions du Droit Civil. D'autant plus que les Coutumes n'ont pas voulu donner à l'aîné tout le bien de la succession, mais bien quelques prérogatives dans le partage de ce même bien. Et j'estime aussi que dans les Coutumes, où le frere aîné est tenu de donner à ses sœurs un mariage avenant, à défaut d'autres biens, il le doit faire sur son droit d'aînesse, selon Tiraqueau, *de jure primigen. qu. 62.*

C'est pourquoy s'il n'y a dans la succession qu'un fief, consistant en un manoir, quelques-uns estiment, que s'il est considerable, il se partagera comme fief, l'aîné n'y ayant que sa plus grande portion, & qu'il perdra sa qualité de préciput, & ne sera plus consideré que comme fief, mais que s'il est si peu considerable que la part des puisnez se reduise à rien dans un partage feodal, alors il faut faire un partage égal; & c'est l'avis de Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. chap. 8. nomb. 1035. de son Traité des Donations.

D'autres prétendent au contraire, que si la question se presente dans la Coutume de Paris, en laquelle il y a deux legitimes établies : L'une contre les donations, en l'art. 298. & l'autre contre le droit d'aînesse, par l'art. 17. il faut dire que n'y ayant qu'un seul manoir, l'on doit donner au puisné moitié de ce qui luy appartiendroit, si le manoir étoit roturier: & il faut avoüer que cette explication de l'article 17. de la Coutume de Paris, paroist assez naturelle, mais cet article ajoûte, que s'il y avoit d'autres biens qui ne fussent suffisans pour le droit des enfans, le supplément de leur legitime se prendroit sur le fief. C'est pourquoy si l'on suppose qu'un pere ait laissé quatre enfans, & quinze mille livres de bien, en un Chasteau de la valeur de douze mille livres, & trois mille livres de rotures, l'aîné n'aura pas le Chasteau & sa part dans les rotures; mais il faudra dix-huit cens soixante-quinze livres pour la legitime de chacun des trois enfans puisnez, qui se prendront sur les trois mille livres de rotures: & les deux mille six cens vingt-cinq livres restans se payeront en argent par l'aîné, si mieux il n'aime partager le Chasteau à proportion.

Enfin, il y a une troisiéme opinion, à laquelle j'estime qu'il se faut attacher, que dans la Coutume de Paris, quand il n'y a qu'un seul fief consistant en un manoir & basse-cour, sans autres appartenances & sans autres biens, soit que ce Château soit considerable, soit qu'il ne le soit pas, il faut faire un partage feodal du fief, dans lequel l'aîné ait sa plus grande portion, sans autre préciput : parce que l'on ne doit détruire que par degrez un établissement qui est fait pour le maintien des familles, & que lorsque l'on ne donne pas un principal manoir à l'aîné, comme son préciput, il faut au moins luy en faire un partage feodal : puisque c'est un veritable fief.

D'ailleurs, les deux opinions précedentes détruisent, au moins en quelque cas, le droit d'aînesse; au lieu que celle-cy le maintient, & neanmoins elle conserve aussi la legitime. Ainsi toutes les fois qu'il n'y aura qu'un seul manoir sans autre domaine & sans autres biens, la seule prérogative de l'aîné sera un partage feodal, ce qui doit même être étendu aux autres Coutumes : Aussi je trouve que c'est déja la disposition de l'art. 96. de la Coutume d'Orleans, qui a esté reformée depuis celle de Paris, & doit servir à l'expliquer, comme aussi de l'art. 92. de celle de Melun.

Que s'il y a d'autres biens, il est déja indubitable que dans le Droit commun, le fief consistant en un seul manoir, doit appartenir à l'aîné suivant les Arrests & la disposition de quelques Coutumes. Et à l'égard des Arrests, il y en a un dans le Vest, chap. 115. rendu au profit du nommé des Cordelles Huissier de la Cour, pour le fief appellé le fief du Crucifix saint Jaques, par lequel le total du même fief consistant en un seul manoir, luy fut ajugé, parce qu'il y avoit d'autres biens, plus un du 31. Juillet 1608. donné au profit de Michel de Sequenelle, & rapporté par Tronçon sur l'art. 17. de la Coutume de Paris, & par Maistre Julien Brodeau sur le même article. 26. *Quid* s'il y a d'autres biens.

Toute la difficulté est donc à l'égard de la Coutume de Paris, à cause que cet art. 17. porte qu'il y a d'autres biens, le supplément de la legitime se prendra sur le fief consistant en un principal manoir. D'où il suit qu'elle ne le donne pas tout entier à l'aîné quand il y a d'autres biens. Aussi d'autre part il ne seroit gueres juste que lorsqu'il y a dans une succession un fief consistant en un principal manoir, lequel n'est peut-être que de la valeur de cinq ou six mille livres, & qu'il y a un tres-grand nombre de biens en roture, l'aîné legataire universel n'eût pas ce fief entier par préciput, & que dans la supputation de la legitime des puisnez, on ne commençât pas par le distraire au profit de l'aîné, ce qui me fait croire (n'étant jamais permis de dire *una littura delendus paragraphus*) que cette derniere partie de l'art. 17. de la Coutume de Paris se doit entendre d'autres biens, qui soient de si peu de valeur, qu'il soit toûjours vray de dire, qu'il n'y ait qu'un fief dans la succession, comme de quelques petits meubles. Il faut pourtant être averti, que quelques personnes d'un assez grand nom au Palais, ont estimé, qu'en ce cas le puisné abandonnant sa part égale en tout, pouvoit prendre sa legitime même sur le fief, mais cette opinion est trop contraire au droit d'aînesse, soit que les autres biens soient considerables, soit qu'ils ne le soient pas. Mais il faut avoüer qu'il peut prendre le doüaire, suivant le même article 17. sur le préciput même de l'aîné, si le fief est sujet au doüaire, & s'il n'y a ni autres dépendances du même fief, ni autres biens. Enfin, il faut observer qu'en ce cas, l'aîné peut recompenser ses puisnez en argent. 27. Explication de l'article 17. de la Coutume de Paris.

Il resulte de ce qui vient d'être dit, la décision d'une troisiéme espece, que l'aîné legataire universel fait part avec préciput, quand il s'a- 28. Si l'aîné legataire universel fait part

avec préciput dans la legitime des puisnez.

git de la legitime de ses puisnez. Mais l'on objectera peut-être qu'il ne peut pas avoir de préciput, si ce n'est en qualité d'heritier *ab intestat*, & qu'il ne peut pas être heritier & legataire. A quoy je réponds en un mot, qu'il n'est icy heritier que par fiction, & de la même sorte que tous les enfans donataires, qui font part dans la legitime, nonobstant qu'ils ayent renoncé à la succession, ce qui est une fiction à peu prés semblable à celle par laquelle on fait entrer dans la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime, ceux-mêmes qui ont esté donnez à des étrangers, quoiqu'ils ne soient pas de la succession.

On peut aussi opposer que l'aîné legataire universel paye les dettes à proportion de l'émolument, & sans déduction de son droit d'aînesse: parce qu'il n'y a que le titre de la succession *ab intestat*, qui exempte le préciput de l'aîné de cette contribution, d'où il semble que l'on peut conclure, qu'il contribuë aussi à la legitime, à raison de ce même préciput.

La réponse est, que pour obliger l'aîné qui est legataire universel, au payement des dettes, il ne faut point le considerer comme heritier, & il suffit qu'il ait un titre universel de legataire; mais que pour luy faire fournir la legitime à ses puînez, il faut necessairement le considerer comme heritier, parce qu'il faut qu'il fasse part dans la supputation de la legitime: ainsi en ce dernier cas il a son préciput.

Enfin, l'on peut opposer, que quand les puisnez demandent leur doüaire, l'aîné legataire universel n'y fait point part avec préciput; mais je réponds qu'il y a une difference essentielle: car le doüaire qui est incompatible avec la qualité d'heritier, ne souffre point aussi de préciput; & comme on ne peut concevoir un fils doüairier & heritier: aussi on ne le peut supposer doüairier pour faire part, & heritier pour faire part avec préciput. Mais il n'en est pas de même de la legitime: car bien loin qu'elle soit incompatible avec la qualité d'heritier, au contraire elle la suppose. Ainsi rien n'empesche que l'aîné donataire ou legataire universel, faisant part dans la legitime de ses freres puisnez, ne soit présupposé y venir avec préciput.

29. Que le préciput de l'aîné n'entre pas même dans la masse, sur laquelle on compose la legitime.

Il faut ajoûter, que bien loin que l'opinion contraire doive avoir lieu, il est même juste de dire que ce préciput n'entre point dans la masse des biens: parce que toutes les choses où le legitimaire ne peut jamais avoir aucune part, ne doivent point servir à composer la masse sur laquelle on fixe la legitime. Ainsi une dot de Religion n'entre point dans cette masse, parce que *nullo casu*, elle ne peut être sujette au retranchement de la legitime. Ainsi les biens confisquez n'entrent point dans cette masse, quand le legitimaire poursuit sa legitime contre des donataires d'auparavant la confiscation: par consequent le préciput de l'aîné ne doit pas même servir à composer cette masse.

Il resulte de ce qui a esté établi ci-dessus, que l'aîné a sa legitime avec préciput, qu'il n'est pas permis à un pere de préjudicier au droit d'aînesse de son fils, mais comme les manieres dont il luy voudroit oster ce droit, sont bien differentes, il faut separer, & demander, 1. Si le pere qui possede des fiefs peut ordonner qu'il en sera fait un partage égal entre ses enfans. 2. S'il peut transferer le droit d'aînesse. 3. S'il le peut du consentement même de l'aîné. 4. Si le pere peut indirectement préjudicier au droit d'aînesse, en donnant à l'un de ses cadets, une somme de deniers à prendre sur ses fiefs. 5. Si en donnant, ou en vendant ses fiefs à des étrangers.

30. Si le pere peut ordonner un partage égal de ses fiefs.

A l'égard de la premiere, il est certain qu'un pere qui possede des fiefs, ne peut ordonner valablement par son testament, qu'il en sera fait un partage égal entre ses enfans: parce que le droit d'aînesse a son fondement dans la nature & dans la Loy Civile: & il ne vient point au fils de la disposition du pere, *quia hoc non judicio ejus ad eum pervenit; sed principali providentia*, dit la Loy *Si adrogator 22. ff. de adopt. & emancipat.* D'ailleurs, cet établissement est fondé sur un interest public: Or l'on ne peut pas déroger à de pareilles dispositions, comme il se voit dans l'exemple du doüaire, lequel un mari peut bien reduire, mais qu'il ne peut pas oster à sa femme, ni à ses enfans, même par une clause précise de son contrat de mariage. C'est pourquoy les Arrests jugent ordinairement en pareil cas, que sans avoir égard au testament du pere, qui ordonne que les fiefs seront partagez sans préciput, la Coutume sera observée. Ce fut ainsi que prononça l'Arrest du 30. Octobre 1556. rendu entre Estienne Poisle & Maistre Jean Bouchet, rapporté par Maistre Pierre Pithou, sur l'article 14. de la Coutume de Troyes: plus, celuy de la prononciation de la Nostre-Dame d'Aoust 1565. rapporté par Maistre Antoine Mornac, sur cette Loy *22. ff. de adopt.* plus, un de l'an 1598. pour le droit d'aînesse appartenant à la fille aînée, dans la Coutume de Chauny, auquel le pere avoit voulu déroger par son testament: & celuy-cy est rapporté par Vrevin, sur l'article 73. de la même Coutume.

31. Arrest qui semble excepter les fiefs d'acquest.

Il y a pourtant un Arrest du 2. Janvier 1623. qui distingue entre un fief d'acquest; & un fief qui est un ancien propre, & juge que le pere peut ordonner un partage égal à l'égard d'un fief d'acquest. Mais cet Arrest est rendu sur une particularité de la Coutume d'Amiens, qui permettant, en l'article 57. de disposer à son gré de ses meubles & conquests, ajoûte qu'à l'égard des propres feodaux ou cottiers, on ne peut en disposer que du quint, par où l'on a jugé que la Coutume exprimant les propres feodaux dans la liberté qu'elle donne de disposer du quint des propres. Et ainsi ayant marqué specialement qu'il est permis de disposer des fiefs d'acquest pour le tout, & des fiefs propres pour le quint, semble n'avoir pas voulu empécher qu'on ne disposât des fiefs au préjudice du droit d'aînesse, ni qu'on en ordonnât un partage égal. Et il faut bien donner les mains à cette explication de cet Arrest, qui seroit autrement contre tous les préjugez de la matiere, qui n'ont jamais distingué entre propre & acquest. L'Arrest du 11. Aoust 1615. qui va être rapporté, ayant jugé qu'un pere, quoique de condition roturiere, ne peut pas, dans le contrat même de l'acquisition du fief, declarer qu'il entend que ce fief sera partagé également entre ses enfans; mais il y a un autre Arrest qui est rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre P. nomb. 24. Arr. 12. qui a confirmé une donation faite par un pere à son fils puisné, à la charge que cette donation demeureroit nulle, en cas que l'aîné consentist de faire avec luy un partage égal, & sans droit d'aînesse, & l'on ne crut pas que cette clause fût directement contre le droit d'aînesse.

32. Donation au puisné, à la charge qu'elle demeurera nulle, l'aîné consentant un partage égal.

33. Du partage anticipé contraire au droit d'aînesse.

Il en faut dire autant d'un partage anticipé que le pere a voulu faire avec égalité, & sans droit d'aînesse: car quoique ces sortes de partages soient ordinairement d'une tres-grande autorité; neanmoins l'on n'y a aucun égard, quand

ils ôtent le droit d'aînesse, comme il a esté jugé par l'Arrest du 14. Aoust 1566. dans l'espece qu'un pere avoit fait un partage égal de tous ses biens par des donations entre-vifs : & cet Arrest est rapporté par Pithou au même endroit, & par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre P. de Monsieur Loüet, nomb. 24. Art. 5. Ce qui se doit entendre d'un partage general de tous les biens, lequel quoique déguisé sous le titre d'une donation entre-vifs, ou de plusieurs, est toûjours un veritable partage. Donc, en ce cas, on rend le droit d'aînesse au fils aîné, non par l'effet de la querelle d'inofficiosité, qui n'iroit qu'à la moitié de ses droits, y compris son droit d'aînesse ; mais par l'action utile revocatoire, qui le rétablit dans tous ses droits, de laquelle il sera parlé dans la suite. Voilà quelle est la bonne Jurisprudence à cet égard : elle juge que le pere ne peut ni ordonner, ni faire un partage égal de ses fiefs, au préjudice de son fils aîné.

34. Si l'on peut stipuler dans le titre d'infeodation que le fief sera toûjours partagé également.

Il reste de demander si dans le titre d'infeodation on pourroit établir cet ordre, que le fief seroit toûjours partagé également. Et j'estime que cette clause se devroit executer : parce qu'un Seigneur en faisant de son domaine son fief, peut luy imposer telle condition qu'il veut, suivant la Loy derniere *C. de pact. inter. empt. & vendit. compos.* & que cette stipulation ne seroit point contraire à la nature & essence du fief qui ne consiste que dans la fidelité, *feudi substantia in sola fidelitate consistit, quæ est ejus forma substantialis ; cætera verò dependent à pactis & tenore investituræ*, dit Maistre Charles du Molin, sur le titre des Fiefs de la Coutume de Paris, nomb. 115. & nous avons une Coutume dans le Royaume, qui va bien plus loin : car non seulement elle permet cette clause dans une infeodation ; mais même elle permet à un pere qui acquiert un fief déja érigé, de stipuler cela par le titre d'acquisition, ou de le declarer posterieurement, c'est la nouvelle Coutume d'Orleans, article 91. Aussi Maistre Jacques de la Lande dit, que cette disposition n'a esté accordée qu'aux importunitez des Maire & Echevins, & elle reçoit ces limitations.

35. Si dans le contrat d'acquisition d'un fief déja établi.

La premiere, qu'elle n'a lieu qu'à l'égard des fiefs qui n'ont ni vassaux, ni Justice, & cela par les termes précis de l'article. La seconde, qu'un pere ne peut ordonner cela que pour une fois seulement, selon le même article : ensorte que cette stipulation n'aura plus lieu dans la subdivision. La troisiéme, que cette declaration du pere est toûjours revocable. La quatriéme, que le pere qui acquiert un fief pendant la communauté, ne peut faire sa declaration que pour la moitié du fief qui luy appartient. A quoy l'on peut ajoûter, que cette Coutume ne doit avoir lieu que dans son ressort, & que de pareilles declarations faites par les contrats d'acquisition, ne sont d'aucune consideration dans les autres Coutumes, comme il a esté jugé par l'Arrest du 11. Aoust 1615. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur Monsieur Loüet, en la lettre S. nombre 10. Art. 2.

36. S'il est permis à un pere de convertir son fief en roture.

Au contraire il n'est pas défendu à un pere, qui a acquis un fief, de le convertir en roture du consentement du Seigneur dominant ; parceque chacun change la nature de son bien, comme bon luy semble : & ce pere pouvoit faire la même chose par la voye d'un échange. Enfin, cela ne paroist pas fait en haine de l'aîné, ni en fraude du droit d'aînesse ; mais pour changer son bien en une nature que l'on aime mieux : Et c'est le sentiment de Maistre Charles du Molin, sur l'article 8. de la Coutume de Paris, glose 3. nomb. 23. Quoiqu'il y ait un Arrest dans du Fresne, liv. 2. chap. 94. lequel semble contraire ; mais qui ne l'est pas en effet : car il juge, que dans la Coutume de Chartres, laquelle en l'article 98. dit, que *les propres heritages tenus en fief, appartiennent aux enfans du premier lit*, un pere n'avoit pas pû convertir son fief en roture. Et le fondement de cet Arrest est, qu'un pere qui s'est remarié, est presumé se porter assez volontiers à avantager son second lit par des moyens indirects & frauduleux, & qu'ainsi dans l'espece de cet Arrest, outre l'évenement de la fraude, qui resultoit de la conversion du fief en roture, il y avoit de violens soupçons du dessein de fraude : ce qui ne se rencontre pas, quand un pere, qui n'a des enfans que d'un seul lit, fait une pareille conversion, & dans des Coutumes qui n'ont point de disposition semblable à celle de la Coutume de Chartres.

37. Si le pere peut transferer le droit d'aînesse en la personne du puiné, du consentement de l'aîné.

A l'égard de la seconde & de la troisiéme question, qui consistent à sçavoir, si le pere peut transferer le droit d'aînesse en la personne du second, ou d'un autre fils du consentement même de son fils aîné, il semble qu'elles dépendent en partie de ce qui vient d'estre dit au sujet de la précedente ; car si un pere ne peut pas faire que le droit d'aînesse n'ait point lieu sur les biens qui en sont susceptibles, il peut encore moins transferer ce droit de la personne de son aîné en celle de son cadet : parceque ce seroit troubler & pervertir l'ordre naturel, ce qui n'est pas en la disposition du pere : encore dans la premiere espece l'équité semble devoir faire executer la pensée d'un pere, qui veut abolir le droit d'aînesse, pour établir l'égalité entre ses enfans ; mais dans celle-cy, il n'y a aucun motif d'équité, qui autorise la conduite d'un pere, qui veut faire changer de place à tous ses enfans, & faire que le second & le troisiéme, ait le rang & les autres prérogatives du premier né : ce que vouloit faire la Reine Constance, épouse du Roy Robert, laquelle souhaitoit préferer Robert son dernier fils à Henry, qui estoit alors l'aîné au moyen du prédecés de Hugues ; aprés la mort duquel le Roy pour assurer l'ordre naturel des successions, avoit revêtu Henry des ornemens Royaux, c'est le terme de l'histoire. Le Roy Charles VI. avoit aussi traité pour transferer le Royaume en la personne de Catherine femme de Henry Roy d'Angleterre, & en priver Charles VII.

38. Recapitulation de diverses décisions, qui marquent combien le droit d'aînesse est inseparable de la personne de l'aîné.

Ce droit d'aînesse est si inseparablement attaché à la personne de l'aîné, que nous avons dit, que dans les cas mêmes où il est reduit à sa legitime, & dans ceux où il fait part dans la legitime de ses puînez, il obtient encore ce droit en son entier : & que si l'on suppose l'aîné legataire universel, & les puînez legitimaires, l'aîné fera part avec droit d'aînesse dans la legitime de ses puînez, à l'effet de diminuer d'autant plus leurs parts & portions.

On donne aussi le droit d'aînesse au fils unique du premier lit, qui partage avec son beau-pere, & le reduit aux termes de l'Edit des secondes nôces : car le beau-pere, qui est un heritier irregulier, souffre comme un second fils, le preciput & droit d'aînesse de ce fils unique, & ne peut avoir que autant que ce fils unique du premier lit, son preciput & droit d'aînesse déduit.

L'on conserve même ce droit d'aînesse avec tous ses avantages au petit-fils, qui se trouve l'aîné dans la succession de l'ayeul : au moyen de la renonciation de sa mere, fille de l'ayeul : & l'on juge, en ce cas, que la donation que l'ayeul

avoit faite à la sœur de ce petit-fils, doit estre retranchée jusques à concurrence du droit d'aîneſſe de ce petit-fils, quoiqu'elle ne bleſſât pas la legitime de la mere : ce qui a eſté jugé pour la Coutume de Reims, par Arreſt qui eſt dans le Journal du Palais, Part. 5. pag. 141.

On va juſque-là, que quand il n'y a qu'un ſeul fief en la ſucceſſion, qui conſiſte ſeulement en un principal manoir, pour le peu qu'il y ait d'autres biens, l'on donne à l'aîné le fief en ſon entier : & quand il n'y a point d'autres biens, on fait un partage feodal du principal manoir, ne le pouvant pas donner tout entier à l'aîné, comme nous avons auſſi dit : & tous ces exemples juſtifient combien ce droit eſt ſacré parmy nous.

39. Du conſentement de l'aîné majeur ou mineur.

D'où vient que l'on a toûjours jugé, que le conſentement de l'aîné n'autoriſe pas la tranſlation du droit d'aîneſſe, & un changement ſi peu naturel, à moins qu'il ne ſoit en pleine majorité, auquel cas il peut ceder l'eſperance de ſon droit d'aîneſſe, ou plûtoſt prêter ſon conſentement à la diſpoſition du pere, comme il pourroit renoncer à la ſucceſſion entiere de ſon pere, pourvû que ſon pere y donnât auſſi ſon conſentement, ſuivant la Loy derniere *C. de pact.* & Maiſtre Charles du Molin, ſur l'article 8. de la Coutume de Paris, gl. 3. nomb. 7. ſur la fin : ſi ce n'eſt que le pere ne diſpoſe du droit d'aîneſſe, & ne le transfere par un teſtament, & ſur le point de ſa mort : parceque, en ce cas, le conſentement de l'heritier majeur paroiſt extorqué, comme en matiere de donations faites en ce temps à des perſonnes prohibées. *Quia videtur extortus & non valet*, dit Maiſtre Charles du Molin, ſur l'article 53. du titre des Succeſſions de la Coutume d'Auvergne, *& ne teſtator pejus faciat*, ajoûte-t-il, ſur l'article 99. de la Coutume de Vitry.

Il faut donc limiter noſtre propoſition aux mineurs, qui renoncent à leur droit d'aîneſſe par le contrat de mariage de leurs freres & ſœurs, ou autrement. Et c'eſt l'eſpece de l'Arreſt du 14. Aouſt 1584. rapporté par Monſieur Loüet en la lettre E. nomb. 7. dans laquelle un aîné, à qui ſon pere avoit fait donner pour 8000. livres de rentes de benefices, avoit renoncé à ſa ſucceſſion & à tous ſes droits, par le contrat de mariage de ſon cadet, que le pere avoit inſtitué ſon ſeul & unique heritier, & qui eſtoit entré par ce moyen dans une illuſtre alliance : car il eſt dit dans le fait, que cet aîné eſtoit mineur lors du contrat de mariage de ſon frere. Cette même circonſtance ſe trouvoit encore dans l'eſpece de l'Arreſt du 14. Avril 1616. rapporté par Maiſtre Julien Brodeau, au même endroit, Arr. 1. quoique l'aîné, lorſqu'il avoit renoncé à ſon droit d'aîneſſe en faveur de ſon ſecond frere, eût preſque atteint la majorité & fût déja Preſtre. Enfin, je n'ay vû juſqu'icy aucun Arreſt, qui ait jugé la theſe à l'égard des majeurs, & Maiſtre Charles du Molin eſt d'avis, qu'ils peuvent preſter leur conſentement à leur pere, qui tranſporte leur droit d'aîneſſe par des actes entre-vifs. Ainſi, à vray dire, ces Arreſts n'ont rien jugé de bien ſingulier : car ſans conſiderer le droit d'aîneſſe, il eſt certain d'ailleurs, qu'un mineur ne peut pas renoncer à la ſucceſſion future de ſon pere, ſi ce n'eſt pas ſon propre contrat de mariage, comme il eſt expliqué dans le chapitre des renonciations aux ſucceſſions futures. Que s'il y a un Arreſt

40. Arreſt ſingulier qui releve un majeur en pareil cas.

dans Mornac, ſur la Loy 22. *ff. de adopt. & emancip.* en date du 31. Juillet 1568. lequel a reſtitué un fils aîné majeur d'un partage égal ; outre que cet Auteur témoigna aſſez, que cet Arreſt eſt ſingulier par ces termes, *miratus verò ſum Senatuſconſultum*, le partage fut caſſé par le titre *ex quib. cauſ. maj.* & par la voye de la reſtitution fondée ſur la lezion, qui ſe conſidere beaucoup en fait de partage ; & non pas par l'utile revocatoire, ni par la voye de la nullité, qui auroit lieu, s'il eſtoit vray que les majeurs ne puſſent pas renoncer par avance à leur droit d'aîneſſe du conſentement de leur pere, ſuivant la Loy derniere *C. de pact.* Ce fut ainſi que l'Arreſt du 14. Aouſt 1566. rapporté par Pithou, ſur l'article 14. de la Coutume de Troyes, en revoquant le partage égal, que le pere avoit fait par des donations, fit auſſi droit ſur des Lettres de reſciſion obtenuës par le fils aîné. Tels ſont encore les deux Arreſts rapportez par Maiſtre Julien Brodeau, ſur la lettre E. de Monſieur Loüet, nomb. 7. Arr. 2. & 3. Or cette reſtitution s'accorde bien plus aiſément au fils aîné, qui eſtant en majorité, a fait un partage égal, dans lequel il a eſté trompé ; qu'à celuy qui a remis expreſſément ſon droit d'aîneſſe, & en a fait un tranſport au profit du puîné, & du conſentement du pere commun.

Il reſulte de ce qui vient d'eſtre dit, 1. que le pere ne peut pas de luy-même transferer le droit d'aîneſſe, ſelon qu'il eſt ſtatué dans le Deuteronome, chapitre 12. 2. Qu'il ne le peut pas, quoiqu'avec le conſentement de ſon fils aîné, encore mineur. 3. Qu'il ne le peut pas avec le conſentement de ſon fils aîné majeur, quand il le fait dans le temps de ſa mort, & par un teſtament. 4. Qu'il le peut par donation entre-vifs du conſentement de ſon fils aîné, qui eſt majeur. 5. Qu'un majeur neanmoins, qui a negligé ſon droit d'aîneſſe dans un partage, eſt quelquefois reſtituable, & principalement s'il a erré dans le fait.

Sur le fondement de ce qui vient d'eſtre établi, il faut dire, que le fils aîné majeur peut valablement transferer ſon droit d'aîneſſe, du conſentement de ſon pere, non ſeulement au frere qui le ſuit immediatement ; mais au dernier de tous, au préjudice des autres qui ſont ſes aînez : & alors ce dernier frere, ainſi preferé, aura tout l'émolument du droit d'aîneſſe : ce qui eſt neanmoins contraire à l'avis de Tiraqueau, *de jure primigen. qu. 27.* Et les Loix qui défendent de compoſer d'une ſucceſſion future, ne s'entendent que des pactions faites avec des étrangers, & ſans le conſentement de celuy de la ſucceſſion duquel il s'agit, ſelon le même, queſt. 29. de ce Traité. D'ailleurs, rien n'empeſche que l'on ne cede des droits utiles, & l'ordre de la naiſſance n'eſt icy d'aucune conſideration. Il n'en feroit pas de même des droits honorifiques. A plus forte raiſon un aîné peut aprés le decés du pere, ceder ſon droit d'aîneſſe à tel de ſes freres que bon luy ſemble ; mais encore un coup, s'il le cede à un troiſiéme frere, il n'aura pas les droits honorifiques ſur le ſecond : & je n'eſtime pas même que le ſecond les eût en vertu d'une pareille ceſſion.

41. Si l'aîné peut transferer ſon droit d'aîneſſe au troiſiéme fils.

La quatriéme queſtion, qui conſiſte à ſçavoir, ſi un pere peut préjudicier au droit d'aîneſſe, en donnant en mariage à l'un de ſes puînez, ou à ſa fille, une ſomme conſiderable, à prendre ſur tous ſes bien aprés ſon decés, eſt aiſée à decider : puiſque c'eſt à peu prés la même choſe de transferer le droit d'aîneſſe, ou d'en donner tout l'émolument à un puîné : C'eſt faire indirectement ce qu'il eſt défendu de faire directement, & en obſervant les termes de la Loy, contrevenir à ce qu'elle a voulu ordonner. Ainſi cette contravention au droit d'aîneſſe, eſt encore plus re-

42. Si le pere peut préjudicier au droit d'aîneſſe, en donnant à ſa fille en mariage une ſomme conſiderable à prendre ſur tous ſes biens.

prouvée, qu'une translation expresse du droit d'aînesse, parcequ'elle est aussi injuste : & par dessus cela, elle est accompgnée de fraude. Aussi l'on voit en d'autres rencontres, que l'on ne peut pas épuiser ce que l'on ne peut pas donner, & que c'est le même de donner un heritage, ou de donner une somme de deniers, qui se doit prendre sur un heritage. C'est pourquoy si je possede un heritage en une Coutume, où il ne soit pas permis de donner à son heritier présomptif, je ne puis pas donner à mon heritier une somme de de deniers, qui se perçoive sur cet heritage; quoique je demeure en une Coutume qui n'a point de disposition semblable. Ainsi bien qu'une donation de meubles n'ait pas besoin d'estre insinuée, il la faut insinuer quand elle ne se peut executer que sur des immeubles; aussi nostre question s'est ainsi jugée en l'espece suivante.

43. Arrest d'Hedouville. Charles Pastry, sieur d'Hedouville, avoit eu deux fils, qui estoient prédecedez, & il luy restoit de l'aîné de ces deux fils un petit-fils, & du cadet, une petite-fille : laquelle il eut dessein d'avantager au préjudice de son petit-fils, qui representoit son fils aîné : & comme son bien consistoit principalement dans le fief d'Hedouville, il n'en voulut pas disposer au profit de sa petite-fille; mais par deux diverses donations, dont il fit l'une à l'occasion de son mariage, il luy donna la somme de quarante-cinq mille livres, pour laquelle elle intenta sa demande aux Requestes du Palais : il y intervint un appointement en droit, dont elle interjetta appel en la Cour, & donna sa Requeste pour l'évocation du principal : surquoy la Cour mit par son Arrest du 14. Avril 1654. l'appel & ce en émendant, maintint l'appellante en la donation à elle faite par son ayeul, distraction préalablement faite de la legitime, preciput & droit d'aînesse, qui appartenoit à l'aîné. Ainsi la Cour ajugea au fils de l'aîné, son preciput & droit d'aînesse en son entier, & outre cela, sa legitime dans ce qui pouvoit rester d'autres biens : lequel Arrest est extremement important pour toutes ces questions : & quoiqu'il soit rapporté au long dans le Journal des Audiences, liv. 7. chap. 30. il est bon de fixer ce que cet Arrest a précisément décidé. Car il ne suffit pas de rapporter ce qui a esté dit dans des Plaidoyers, dans lesquels de costé & d'autre on traite la cause avec prudence, souvent avec quelque sorte de délicatesse; mais il faut tâcher d'entrer dans l'esprit de l'Arrest pour s'en former des principes. Il se voit, à la verité, dans les plaidoyers qui sont rapportez, que du costé de l'appellante, qui estoit la donataire, elle traitoit l'exception de l'intimé, qui representoit le fils aîné, comme une demande de legitime : &, ce qui est de plus remarquable, elle luy offrit d'abord à ce titre la moitié des deux tiers, qui luy auroient appartenu dans le fief d'Hedouville, & la moitié du principal manoir. Ainsi elle donna les mains sur la question de la legitime de l'aîné, de sçavoir, si elle estoit pure & naturelle, ou avec preciput, ce qu'elle fit dans la crainte qu'il n'obtint encore plus, comme il obtint en effet. Mais de la part du petit-fils, qui representoit le fils aîné, il ne traita point la chose comme une demende de legitime; mais comme une action utile revocatoire, prétendant que les donations estoient faites en fraude du droit d'aînesse : & que c'estoit une contravention indirecte à la Coutume, demeurant bien d'accord qu'elles seroient valables, si elles estoient faites à des étrangers, & qu'il n'auroit eu, en ce cas, que son action de legitime; mais prétendant qu'étant faite à une petite-fille, elles estoient reputées en fraude du droit d'aînesse : parceque la Loy défendoit plus en ces rencontres ce qui estoit plus ordinaire, & moins, ce qui l'estoit moins; & qu'estant plus ordinaire de se faire des prédilections dans sa famille, que de favoriser des étrangers au préjudice de ses propres enfans, elle reputoit les donations au puînez plus frauduleuses : ce qu'il pouvoit confirmer par l'avis de Maître Charles du Molin, qui dit sur le §. 8. gl. 3. nomb. 17. que dés lors qu'un pere donne son unique fief à son fils puîné, il est presumé le faire en fraude du droit d'aînesse : & ce fut sur cette contestation qu'intervint l'Arrest, & qu'on ajugea le preciput en son entier à l'aîné & sa legitime. Ainsi la fraude ne fut considerée que contre le droit d'aînesse, & à cet égard on revoqua à proportion la donation, & on le reduisit à sa legitime sur le surplus des biens. Cet Arrest a donc jugé, que l'on ne pouvoit frustrer le droit d'aînesse par des donations de sommes de deniers faites à un cadet, & qu'en ce cas, l'action utile revocatoire, a lieu, non pas pour donner seulement à l'aîné sa legitime naturelle, ou sa legitime d'aînesse; mais pour revoquer sa donation jusques à concurrence du droit d'aînesse en son entier, l'aîné au surplus ayant sa legitime sur les autres biens.

J'estime même qu'un pere ne peut pas substituer à son aîné, pour ce qui compose son droit d'aînesse, si ce n'est dans le cas de la Loy penultiéme: *ff. de curat. fur.* hors lequel il ne peut alterer ce droit : & c'est aussi le sentiment de Monsieur Tiraqueau, *de jure primigen. qu. 76.* 44. Si le pere peut substituer pour le droit d'aînesse.

Au reste il faut observer, que dans tous les cas, dans lesquels un fils aîné se plaint que son pere l'a voulu frauder de son droit d'aînesse, lesquels ont esté traitez cy-dessus, on ne luy peut point objecter qu'il est heritier, & que par consequent il ne peut pas venir contre le fait de celuy duquel il est heritier: car, comme dit Maître Charles du Molin, sur l'article 8. de la Coutume de Paris, gl. 3. nomb. 22. il n'est pas défendu à l'heritier de venir contre un fait du défunt, lequel est en fraude de ses droits particuliers, & est d'une police generale fondée sur un interest public, comme est la disposition d'un pere faite au préjudice du droit d'aînesse, puisque cette disposition viole un établissement, qui n'est pas seulement fondé sur l'interest particulier des aînez; mais encore sur l'interest public, en ce qu'il avantage les aînez pour les mettre en état de servir à la guerre, & de remplir en cela la Loy & la condition des fiefs. C'est sur ce fondement que Maistre René Chopin, sur la Coutume d'Anjou, liv. 2. part. 3. chap. 1. tit. 5. nomb. dernier, avoit estimé, que si un pere a acheté un fief pour ses enfans mâles, qui ont souscrit au contrat, & principalement l'aîné, & qu'ensuite le pere soit demeuré en possession de ce fief jusques à son decés, les enfans n'y pourront rien prétendre aprés sa mort qu'à titre d'heritiers, & que l'aîné, nonobstant qu'il ait souscrit au contrat d'achat, aura son droit d'aînesse sur ce fief : parceque c'est une acquisition du pere, dans laquelle en mettant la chose sous le nom de ses enfans, il n'a pû frauder le droit d'aînesse, non pas même du consentement de son aîné. C'est sur le même fondement que le pere s'estant rendu caution de l'execution d'une contre-Lettre contre le contrat de mariage de son fils, le fils qui est son heritier, en peut neanmoins arguer la nullité, & demander à la famille de sa femme, nonobstant cette garantie de son pere, tout ce qui est porté par 45. Que l'on ne peut point objecter au fils qui revendique son droit d'aînesse, qu'il est tenu des faits de son pere.

son contrat de mariage, Brodeau sur la lettre M. de Monsieur Loüet, nomb. 4. Art. 7. & generalement l'heritier n'est pas obligé de garantir ce qui est tout à la fois contre le droit public, c'est à dire en fraude de la Loy fondée sur l'interest public, & contre des droits specialement introduits en sa faveur, comme le retrait lignager: parceque la contravention à de pareils établissemens, emporte une nullité, qui n'est pas seulement relative & respective; mais qui peut passer pour pure & simple, & pour absoluë, comme l'on voit dans l'exemple de l'alienation des biens d'Eglise, & dans le cas de la Loy *Quemadmodum C. de agricol. & censit.* [☞ Voyez Maistre Charles du Molin, cons. 45. n. 3. & Brodeau sur Loüet lettre H. nomb. 14. & M. Cujas sur les questions de Papinien livre 28. sur la Loy 66. §. dern. *ff. de evictíon.*]

Ce qui vient d'estre dit, n'empesche pas, qu'au cas que le pere ait tiré quelque profit de l'acte & du contrat, par lequel il a voulu frauder le droit d'aînesse, comme si on l'avoit pû convaincre qu'il eût vendu son fief en fraude, & que l'achetteur eût esté participant de ce dessein, en ce cas, l'aîné ne doive contribuer avec ses puînez à la restitution du prix que le pere a reçu, n'estant pas juste que personne profite du bien d'autruy.

46. De la legitime feodale de l'aîné contre un étranger donataire ou acquereur du fief. A l'égard de la cinquiéme & derniere question, sa décision est en un mot, que contre un étranger donataire du fief, lequel n'a participé à aucune fraude, le fils aîné n'a point l'action utile revocatoire, mais seulement sa demande de legitime, & que dans sa legitime, l'on aura égard à son droit d'aînesse; mais que contre un étranger qui a acquis un fief, à titre onereux, & qui est en bonne foy, il n'y a aucune action, ni en revocation, ni en supplément de legitime; & que contre un étranger constitué en mauvaise foy, & visiblement participant de la fraude, l'action utile revocatoire a lieu, soit qu'il ait acquis à titre gratuit, soit à titre onereux: à l'exemple de l'action calvisienne & des autres actions de droit. Monsieur d'Argentré article 218. a esté d'avis, qu'il y avoit la même action pour conserver les reserves coutumieres aux heritiers contre les contrats à titre onereux, ou les donations causées, c'est à dire, qui regardent l'interest du donateur, à la charge que les heritiers remboursent le prix de la vente, ou satisfassent eux-mêmes aux causes de la donation. Il a esté plus loin: car reputant une donation par contrat de mariage pour une donation causée, parce qu'elle regarde l'interest du donateur, qui veut se marier, il a estimé, que si cette donnation estoit faite en haine de l'heritier présomptif, elle devoit estre cassée; mais il convient que l'on a jugé le contraire: cependant ç'a esté sur son avis que l'article 199. de la nouvelle Coutume a dit, que personne ne peut donner plus que la troisiéme partie de ses immeubles en proprieté, & la moitié en usufruit, soit propre ou acquest, *par donnation simple ou causée.* Il faut traiter à present de certains cas où l'on doute s'il s'y fait une translation du droit d'aînesse, & de certaines choses sur lesquelles on doute que ce droit ait lieu.

47. Si l'aîné renonçant, le droit d'aînesse est dévolu au second fils. On demande en premier lieu, si la renonciation du fils aîné donne lieu au second fils de prétendre le droit d'aînesse? Et il est déja certain qu'il n'y a point de droit d'aînesse pour le fils même, qui estant donataire, legataire, ou substitué, se tient à ces dispositions: parceque tous ces titres, quoique qualifiez universels, ne sont dans la verité que des titres particuliers, & qu'il faut avoir un titre veritablement universel, pour aspirer au droit d'aînesse. Je ne distingue pas même si la donation a esté faite en avancement d'hoirie, quoique quelques-uns, & entr'autres Maistre Julien Brodeau, sur l'Article 13. de la Coutume de Paris, nomb. 31. ayent fait cette distinction sur l'avis de Maistre Charles du Molin, §. 3. de la Coûtume de Paris, gl. 1. nomb. 4. & 5. en quoy ils ont pris un mauvais fondement: car la raison qu'a eu cet Auteur, pour dire qu'un fils donataire en avancement d'hoirie, avoit un droit d'aînesse, a esté qu'il a crû que toute donation faite en avancement d'hoirie, obligeoit précisément au rapport, en cas même que le donataire voulût renoncer à la succession; mais comme il n'a pas esté suivi en ce point, l'on peut dire aussi, contre son avis, qu'un aîné, qui n'a point d'autre titre qu'une donation universelle, ou un legs, ou une substitution, ne peut prétendre de droit d'aînesse.

De plus il est constant, que quand la renonciation n'est pas gratuite, c'est à dire, que le renonçant a reçû quelque chose du défunt, & a declaré qu'il se tient à sa donation, ou bien qu'il a reçû de ses coheritiers le prix de sa renonciation, il n'y a plus de droit d'aînesse: parceque l'on présume que l'aîné a eu la valeur de ce qui luy appartenoit: Ainsi le droit d'aînesse est déja pris sur la succession, & c'est la disposition de l'article 27. de la nouvelle Coutume de Paris. 48. Quid si la renonciation est gratuite, & à Paris. Mais il y a plus de difficulté au cas que la renonciation soit gratuite, & il faut déja convenir que ce n'est pas une question dans la Coutume de Paris, en consequence de l'article 310. qui porte, que *la part du renonçant accroist aux autres enfans heritiers, sans aucune prérogative d'aînesse de la portion qui accroist*, ce qu'il est difficile d'accorder avec un droit d'aînesse du second fils. 1. Parceque la Coutume semble supposer, que l'accroissement se fait aux personnes, & non pas à la masse de la succession, quoique cela même soit un faux principe. 2. En consequence de ces termes, *sans aucune prérogative d'aînesse de la partie qui accroist*, laquelle prérogative se trouveroit necessairement dans la portion qui accroist, si le second fils la prenoit sur la succession, qui est composée en partie de cette part du renonçant. D'ailleurs, n'estant pas croyable que la Coutume ait voulu dire, que le second fils n'aura pas de droit d'aînesse sur la part du renonçant; mais bien sur toute la succession du pere, ce qu'elle auroit declaré en donnant expressément un droit d'aînesse au second fils sur la succession du pere, sans se contenter de dire qu'il n'en auroit point sur la part du renonçant. Et je ne puis aussi demeurer d'accord d'une autre explication, que quelques-uns donnent à cet article, qui est de dire, qu'il ne s'entend que de la renonciation d'un puîné, & qu'il juge que cette renonciation n'augmente pas le droit d'aînesse de l'aîné, en diminuant le nombre des enfans. Car on ne peut pas faire qu'il ne soit conçû en termes generaux, & qu'ainsi il ne comprenne la renonciation de l'aîné. Aussi cet article estant copié mot à mot dans l'art. 359. de la nouvelle Coutume d'Orleans, la Lande, qui est son dernier Commentateur, l'a ainsi expliqué: & aprés avoir examiné les Arrests qui semblent contraires, j'ay trouvé ou qu'ils sont rendus sur des renonciations qui avoient esté faites *aliquo dato*; ou pour d'autres Coutumes, ou avant la reformation de la Coutume de Paris. Toute la difficulté est donc à l'égard des Coutumes qui n'ont point de disposition semblable à celle de Paris.

Et pour mettre la chose en regle, j'estime 49. Quid dans les... qu'il faut convenir d'un principe, qui est qu'en

tres Coutumes. matiere de proprieté, l'accroissement se fait à la chose, & non à la personne : & cela à la difference de l'usufruit, qui étant une servitude personnelle, l'accroissement s'en fait à la personne, & non point à la chose : ce qui est établi en la Loy *Si Titio 33. §. 1. ff. de usufr.* & par Godefroy sur la Loy *Si totam 83. ff. de adquir. vel admit. hered.* D'ailleurs, c'est une maxime en matiere de successions, que celuy qui renonce est consideré comme n'ayant jamais subsisté, selon la Loy *17. ff. de inoffic. testam.* Ce qui étant présupposé, il faut dire que l'accroissement se faisant regulierement à la masse de la succession, & le renonçant étant reputé mort, le droit d'aînesse appartient au second fils dans les Coutumes qui n'ont point de disposition contraire. Et il y a sujet de s'étonner que Maître Charles du Molin ait esté de contraire avis sur l'ancienne Coutume de Paris, en l'art. 8. gl. 1. nomb. 30. vû que la disposition qui vient d'être rapportée, est de nouvelle reformation, & que le même Auteur sur l'art. 9. de cette Coutume, gl. 4. dit, que la part du renonçant accroist à la masse de la succession : d'où il conclut, que la renonciation d'un cadet accroissant à la masse, & diminuant le nombre des enfans, fait quelquefois que l'aîné a les deux tiers complets, c'est à dire, huit onces de douze, & non pas moins : par exemple, au cas qu'il y ait trois enfans, dont le cadet renonce ; c'est à dire, que la part du cadet qui renonce, ne se partage pas par moitié entre l'aîné & l'autre cadet qui accepte, mais que sa renonciation diminuant le nombre des copartageans, ou que sa part accroissant à toute la succession, l'on comptoit à l'avenir sur deux enfans seulement, & qu'ainsi l'aîné avoit les deux tiers dans les fiefs : d'où il semble qu'il devoit conclure pour la succession du second fils au droit d'aînesse, au cas de la renonciation gratuite de l'aîné ; puisqu'il parloit sous l'ancienne Coutume, qui n'avoit point de disposition contraire. C'est pourquoy toute la distinction qui se peut apporter dans ces Coutumes, est entre une renonciation gratuite, & une qui est faite *aliquo dato.* Et nous avons même des Coutumes, qui établissent précisément cette distinction, & qui disent, que quand l'aîné renonce gratuitement, & sans avoir rien reçû du pere, le second fils luy succede au droit d'aînesse, mais que quand il renonce en se tenant à une donation, il n'y a point aprés cela de droit d'aînesse : telle est la disposition de l'art. 31. de la Coutume de Mantes, & du 84. de celle de Montfort, distinction que nous montrerons dans le chap. des renonciations aux successions échûës, avoir esté suivie par les Arrests.

Nous voyons quelque chose d'approchant de cette dévolution du droit d'aînesse, lorsque les Docteurs décident, que si un statut défere le fief de dignité au fils aîné du premier mariage, & qu'il n'y ait point d'enfans du premier mariage, alors l'aîné du second mariage aura ce fief : que de même si l'aîné commet du vivant de son pere, contre le Seigneur dominant, quelque crime, qui emporteroit la commise du fief, s'il en étoit revêtu aprés la mort du pere, le fief sera dévolu au second fils : & qu'enfin, si un testateur ayant institué un heritier, luy substituë les deux aînez de sa maison, & que les deux aînez soient inhabiles à succeder ou à posseder le fief, il sera dévolu aux deux suivans.

50. Si un Royaume appartient au premier né indistinctement, ou au premier né depuis que le pere est parvenu à la Couronne. Les Docteurs sur la Loy *Imperialis 23. §. his illud. 6. C. de nupt.* & sur la Loy *Senatoris filium 5. ff. de Senat.* proposent la question de sçavoir, qui est preferable de deux fils d'un Roy, dont un est né avant, & l'autre depuis qu'il est parvenu à la Couronne ; ce qui ne peut pas seulement être proposé à l'égard d'un Royaume hereditaire, & possedé d'ancienneté par les ancêtres du Prince, lequel appartient au fils aîné du Roy, soit qu'il soit né devant, ou aprés que le Roy est parvenu à la Couronne, mais bien à l'égard d'un Etat conquis ; & Chopin en son Traité du Domaine, liv. 2. tit. 2. nomb. 5. rapporte quelques préjugez en faveur du fils né depuis l'avenement à la Couronne : nous avons même des Coutumes qui décident, que si au jour du decés de l'annobli, il laisse des enfans nez avant son annoblissement, sa succession se partagera roturierement. Que s'il ne laisse que des enfans nez depuis l'annoblissement, elle se partagera noblement, & c'est la disposition de la Coutume de Tours, article 315. quoiqu'il semble qu'il y ait lieu de décider la même chose à l'égard du Royaume conquis que pour un Royaume hereditaire : puisque les Jurisconsultes décident qu'un fief ayant esté donné par le titre d'infeodation pour l'acquereur & son fils aîné, cela s'entend du fils né avant la concession, quand il y en a un : & celuy-cy exclut son frere, qui est né depuis la même concession, & qui est toûjours veritablement le puiſné : & c'est le sentiment de François Hotoman dans son Liv. des Quest. illustres, chap. 2. où il dit, *feuda Ducatus, Marchia, &c. non minus pertinent ad filios primogenitos ante investituram editos ; quam ad postea natos.* D'où il conclut, dans l'espece proposée, que dans toute sorte d'Etats, soit qu'ils soient possedez d'ancienneté, ou qu'ils ayent esté conquis, le premier né indistinctement, doit être preferé, soit qu'il soit né depuis, soit auparavant l'avenement du pere à la Couronne, ou à la Principauté : Outre qu'il est manifestement injuste de preferer le second fils au premier, dans des droits destinez au premier né. C'est aussi le sentiment de Barry, liv. 18. tit. 7. nomb. 13. qui combat l'opinion contraire de Benedicti sur le chap. *Raynutius, in verb. in eod. testam. 1. n. 200.*

51. Exemples pour le premier né. Enfin, ce parti se soûtient par des exemples tirez de toutes les Histoires : car chez les Juifs Herode décida une question semblable en faveur d'Antipater son fils aîné, qu'il avoit eu d'une premiere femme nommée Doris, avant qu'il fût Roy de Juifs, & le nomma son successeur par son testament, au préjudice d'Aristobule & d'Alexandre, qu'il avoit eus depuis de la belle Marianne, selon Josephe, liv. 14. chap. 21. & livre 17. chap. 4. Or il est constant, qu'Herode avoit usurpé l'Empire. Cela s'est aussi verifié en l'an 640. en la personne de Constantin fils d'Heraclius, & d'Eudoxe sa premiere femme, qui succeda à l'Empire, quoiqu'il fût né avant que son pere Heraclius fût Empereur, & cela au préjudice des enfans, que le même Heraclius avoit eus d'une seconde femme, depuis qu'il avoit esté fait Empereur. L'on vit encore la même chose en Allemagne environ l'an 940. en la personne d'Othon, que l'on prefera à Henry son frere, qui prétendoit luy devoir être preferé, comme étant fils d'un pere déja Empereur. Enfin, nous en avons un illustre exemple dans l'Histoire de nos Rois, puisque le Roy Jean étoit né en 1307. de Philippes de Valois qui ne vint à la Couronne qu'en 1328. & ne laissa pas d'être preferé à Philippes Duc d'Orleans, né depuis l'avenement du pere à la Couronne.

52. Si un pere chan- L'on a demandé si le droit d'aînesse pouvoit être fondé sur la destination du pere : par exem-

geant un fief contre une roture, peut stipuler que son fils aîné prendra son droit d'aînesse sur cette roture.

ple, si un pere échangeant un fief contre une roture, & declarant qu'il entend que son fils aîné ait le même droit d'aînesse sur la roture, qu'il auroit eu sur le fief, l'aîné aura le droit d'aînesse sur cette roture : & il faut conclure pour la negative : car quoique le pere eût pû conserver son fief, quoiqu'il eût pû leguer à son fils sa portion hereditaire, & la valeur d'un droit d'aînesse, il n'a pû faire que le droit d'aînesse eût lieu sur les biens tenus en roture, dont il n'a pû changer la nature par sa destination, & faire que ce qui est roture, fût reputé fief, non pas même quand les deux heritages échangez seroient dépendans d'un même Seigneur : parce que la qualité de fief est reputée intrinseque : elle ne passe pas d'un sujet à un autre, par l'effet de la seule destination du vassal, ni de la seule subrogation, qui resulte de l'échange, à la difference de la qualité de propre, qui est reputée extrinseque : & c'est ce que Maître Charles du Molin explique en plusieurs rencontres, & principalement sur l'art. 30. de la Coutume d'Amiens, lequel article disant que les heritages acquis par échange sont de même nature & condition que les heritages donnez en contr'échange, cet Auteur dit, *in titulo scilicet respectu qualitatum antiqui, vel novi predii, respectu acquirentium ; sed non respectu qualitatum intrinsecarum vel realium ipsius fundi ; quia de feudali non fit censuale vel contra etiamsi ab eodem domino directo utrumque predium moveretur ;* quoiqu'il ait resolu le contraire sur l'art. 273. de la Coutume d'Anjou, laquelle ayant une disposition à peu prés semblable à celle d'Amiens, il conclut que par l'effet de la subrogation, la roture reçûë en échange d'un fief, sera partagée comme fief pour la premiere fois, pourvû qu'elle soit située sous la Coutume d'Anjou : peut-être parce qu'il a crû que la Coutume d'Anjou étoit un peu plus précise que celle d'Amiens : quoique l'une & l'autre soit conçûë en termes generaux, & ne parle ni de l'échange des propres, ni de l'échange des fiefs. Bodereau est du même avis sur l'art. 273. de la Coutume du Maine, aussi cette Coutume est-elle bien plus précise : car l'art. 290. qui porte, que *l'heritage reçû en échange sera partagé pour la premiere fois comme l'heritage donné en échange*, s'entend même quant aux qualitez intrinseques. Et cette Coutume n'admettant cela que pour le premier partage, elle designe assez qu'elle l'admet comme une chose extraordinaire. Or il n'est pas extraordinaire que la chose reçûë en échange retienne les qualitez extrinseques de la chose donnée, & devienne propre par la subrogation : Ainsi cet article 290. de la Coutume du Maine se doit entendre même des qualitez intrinseques, & c'est à cause de la proximité, sympathie, & identité de ces deux Coutumes, qui sont presque semblables dans tous leurs articles, que Maître Charles du Molin a aussi interpreté de cette maniere cet art. 273. de la Coutume d'Anjou, quoiqu'il soit fort different du 290. de celle du Maine, & ne parle point d'un premier partage, étant tres-difficile de s'imaginer que sous ces mots, *tel échange sortit la nature de l'heritage permuté, & entre les heritiers seroit départi, comme eût esté ledit heritage dont la permutation est faite*, la Coutume d'Anjou ait entendu parler de partage feodal, & ait voulu faire une subrogation de la qualité intrinseque de fief, laquelle seroit perpetuelle, puisque cet article n'en limite point l'effet, comme la Coutume du Maine.

Dans les autres Coutumes il faut s'attacher à la Note de Maître Charles du Molin, sur la Coutume d'Amiens : d'autant plus qu'on la peut appuyer d'un Arrest, qui est rapporté par Maître Antoine Mornac sur la Loy *Cum pater 79. §. pater de legat. 2.* dans l'espece qu'un pere ayant vendu son fief, avoit stipulé, lorsqu'il en avoit employé le prix en rentes, qu'il entendoit que ces rentes sortissent même nature que son fief, & que son fils aîné eût le même droit sur ces rentes qu'il auroit eu sur le fief : car le Bailly de Chartres ayant ordonné un partage égal de ces rentes, & l'aîné en ayant interjetté appel, la Sentence fut confirmée par Arrest du 21. Juillet 1607. C'est ainsi que cet Arrest est rapporté par Maistre Antoine Mornac : mais depuis j'ay reconnu ce même Arrest dans Brodeau, sous la lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 10. où il le datte du 22. Juin 1607. & y ajoûte une circonstance qui feroit que la chose auroit encore esté jugée en plus forts termes : car il suppose que le pere avoit fait cette declaration en vendant le fief, & non pas seulement en créant posterieurement la rente, ce qui étoit une bien meilleure precaution, suivant la sçavante Coutume de Bourbonnois, art. 329.

53. Du fief acquis & non payé, & si l'aîné y a droit d'aînesse sans payer de la dette plus que ses freres & sœurs.

On demande encore si un pere ayant acquis un ou plusieurs fiefs, dont il n'a pas payé le prix, l'aîné y aura son droit d'aînesse, ou si en tout cas, il ne sera pas obligé de payer sa part du prix à proportion de l'émolument ? Et il faut conclure avec Maître Charles du Molin, sur l'art. 11. de la Coutume de Paris, nomb. 11. qu'il aura son droit d'aînesse, & ne payera neanmoins que sa part hereditaire, & sa portion virile du prix qui en peut être dû, *quia*, dit-il, *illud est debitum hereditarium, quod non respicit certam rem vel facultates certi loci, sed universum patrimonium.* Ce qui auroit lieu, quand même le pere auroit affecté & hypotequé specialement les fiefs, parce que la speciale qui n'est qu'accessoire, n'empesche pas que l'obligation personnelle ne prévale, & qu'ainsi la dette passive ne se divise par portions viriles.

Autre chose seroit : si le pere avoit acquis sous la reserve d'une veritable rente fonciere constituée *in ipsa alienatione feudi.* Car quoiqu'il eût contracté une obligation personnelle, neanmoins l'obligation réelle seroit reputée en ce cas l'obligation principale. Ainsi le fils aîné seroit obligé de payer la rente à proportion de ce qu'il auroit dans le fief : parce qu'en ce cas, c'est le fief qui doit, plûtost que la personne, qui n'est obligée à l'avenir, qu'à cause de la possession de la chose, & qui se peut décharger de la rente toutes les fois que bon luy semblera, en renonçant à l'heritage, l'obligation personnelle qui a esté contractée, même l'hypoteque des autres biens, n'ayant lieu qu'autant que dure la possession, suivant l'art. 109. & le 110. de la Coutume de Paris.

Je vois neanmoins que l'on juge au Palais une chose, qui semble contraire à nôtre décision principale, que les hypoteques anterieures diminuent le doüaire de la femme, sans aucune garantie, ce qui n'a passé que *multis contradicentibus :* parce qu'en effet, la grande regle, & la severité des maximes iroit à ne le point diminuer, & à donner le recours à la veuve, selon Coquille, tit. des doüaires, art. 4. Beraut sur le 394. de la Coutume d'Anjou, & Monsieur d'Argentré sur le 433. de celle de Bretagne, gl. 2. nomb. 2. Mais on incline à cela par une certaine équité pour les heritiers, D'ailleurs, on considere

dere qu'un usufruitier ne doit avoir son usufruit que sur le restant des biens, les dettes payées : quoiqu'il y ait à répondre que le doüaire est un usufruit de certains immeubles seulement, lequel par consequent semble ne devoir point estre diminué par les dettes du défunt.

54. Si l'aîné doit avoir son droit d'aînesse sur le prix du fief qui est dû par l'acheteur.

L'on demande pareillement si l'aîné doit avoir son droit d'aînesse sur le prix du fief qui est dû à la succession, ce qui se doit regler par cette distinction : Que si le fief a esté vendu par le pere, il n'y a plus dans la succession qu'une action pour en recouvrer le prix, qui se partage comme deniers mobiliers ; mais si depuis la mort du pere, & avant le partage, le fief avoit esté vendu pour les dettes de sa succession, en ce cas, l'aîné ayant esté saisi une fois de son droit d'aînesse, tout ce qui peut survenir ne l'en peut priver : si ce n'est qu'il n'y déroge par une clause précise du contrat de vente, & cela en pleine majorité, suivant l'Arrest rapporté par Monsieur le Maistre en son Traité des Fiefs & Hommages, chap. 7. C'est ainsi que si depuis la mort du pere, l'on retire par retrait lignager le fief qu'il avoit acheté peu auparavant, l'aîné ne laissera pas d'avoir son droit d'aînesse sur le prix. Il y a pourtant un Arrest dans Monsieur Marion, tit. 2. pl. 9. contraire à la premiere partie de nôtre décision ; mais cet Arrest n'est point suivi au Palais.

55. Quel est le droit de l'aîné sur un fief acheté à faculté de rachat.

On propose une autre question, qui est de sçavoir, quel est le droit de l'aîné sur un fief vendu à faculté de remeré, & la question est double : car, 1. l'on peut demander quel est le droit de l'aîné sur un fief, que son pere a acquis sous la faculté de rachat. 2. Quel est son droit sur un fief que son pere a vendu sous la même faculté : Et il est déja constant, que tant que la faculté dure, le fief acquis sous faculté de rachat, se partage avec préciput d'aînesse. Il reste donc de sçavoir, s'il y a droit d'aînesse, au cas que le rachat arrive depuis la mort ; mais avant le partage : ou si le rachat arrivant aprés le partage, l'aîné est obligé de rapporter à ses freres & sœurs le prix à proportion de son préciput : comme si l'on présumoit en ce cas, qu'il n'y avoit eu que des deniers à partager dans la succession. Et il faut dire que si le rachat se fait depuis la mort, mais avant le partage, & à plus forte raison, s'il se fait depuis le partage, l'aîné conserve son droit d'aînesse sur le prix : parce qu'il a esté une fois saisi de sa part afferente dans le fief, & l'execution du remeré est une revente, ou au moins un désistement d'un premier contrat par le moyen d'un second, quoique cela se fasse en vertu d'une clause apposée dans le premier. Voyez du Molin sur l'art. 11. de la Coutume de Paris, nomb. 31. & quoique Monsieur Loüet en la lettre D. nomb. 30. cite un Arrest du mois de Mars 1584. qui paroist contraire, il marque assez que cette décision n'est pas generale, & qu'il estime qu'il y avoit des marques d'un contrat pignoratif, auquel cas il n'estoit dû que des deniers. Maistre Charles du Molin estime neanmoins, que si le pere avoit acquis un fief par contrat, dans lequel il y eût une lésion d'outre moitié de juste prix, lequel seroit retiré aprés sa mort, les enfans en devroient partager le prix par égales portions : parce que la vente estant resoluë dés à present, comme deslors, il est vray de dire, qu'il n'y avoit jamais eu que des deniers dans la succession ; mais que s'ils choisissent de suppléer au juste prix, ils payeront cette somme par portions égales, & non pas à proportion de ce qu'ils possédent du fief.

56. Quid d'un fief engagé, qui est retiré par le Roy.

Il semble que ce qui vient d'estre dit à l'égard du remeré ne laisse pas lieu de douter à l'égard d'un domaine engagé, dont le retrait se fait aprés le decés de l'engagiste : Cependant non seulement on a prétendu que le retrait de l'engagement se faisant avant le partage, mais même aprés le partage, & aprés que l'aîné y a pris son préciput, il n'en devoit pas conserver le prix ; mais estoit obligé d'en tenir compte à ses coheritiers, ce que l'on dit avoir esté jugé par un Arrest, vulgairement appellé l'Arrest de Bailly, en date du 15. Juillet 1589. rapporté par Monsieur Loüet en la lettre D. nomb. 30. & par Bacquet en son Traité des Droits de Justice, chap. 12. nomb. 19. & qui est rapporté dans un sens tout contraire par Monsieur le Prestre, Cent. 1. chap. 37. sur la fin. Car il dit que cet Arrest a ordonné que les deniers procedans du retrait de la Terre de la Ferté Alaix, seroient partagez comme la Terre l'eût esté, si elle n'eût point esté retirée : Au lieu que Monsieur Loüet prétend que l'on obligea Monsieur Bailly fils, qui avoit pris son préciput, d'en rapporter le prix. Tant il est vray qu'il n'y a rien qui entretienne la guerre au Palais, & qui produise des sentimens divers, comme l'Arrestographie, qui est une semence de division ; au lieu qu'elle devroit rallier les esprits par l'autorité des choses jugées. Il faut s'attacher neanmoins au témoignage de Monsieur le Prêtre, comme plus conforme aux principes : puisque le retrait du domaine ne differe du retrait conventionnel, qu'en ce qu'il vient d'un privilege, & non d'une convention, & qu'il est perpetuel ; mais il ne se fait point par la voye d'une pure resolution du contrat d'engagement, mais bien par le moyen d'un nouveau contrat, & d'une nouvelle declaration de la volonté du Roy, le premier contrat subsistant en sa force & vertu, jusques au jour du retrait.

57. Du fief vendu par le pere avec remeré.

Il reste d'examiner quel est le droit de l'aîné sur le fief que son pere a vendu sous faculté de rachat. Et il faut dire, que si le pere decede pendant le temps de la grace, l'aîné a son droit d'aînesse sur ce fief : ensorte qu'il le peut retirer, & si ses freres veulent y rentrer avec luy, ils ne contribuent au remboursement qu'à proportion de l'émolument, c'est à dire, des parts & portions qu'ils doivent avoir dans le fief. En effet c'est une maxime établie en la Loy *Qui actionem ff. de reg. jur.* que celuy qui a une action pour recouvrer quelque chose, est reputé avoir la chose même. Et Monsieur d'Argentré sur l'article 433. de l'ancienne Coutume de Bretagne, gl. 2. dit, *non habere videtur, à quo res evinci potest ; rursus habere videtur, qui actionibus rem consequi potest.* D'ailleurs, comme dit Maistre Charles du Molin, sur l'article 11. de la Coutume de Paris, nomb. 29. celuy qui aliene sous faculté de rachat, retient en partie la chose, il la recouvre, & il y rentre en execution du premier contrat, & son action est immobiliaire, & appartient dans sa succession aux heritiers, à qui la chose eût appartenu, si elle n'avoit jamais esté alienée : parce que la chose qui se poursuit, détermine la qualité de l'action.

Au surplus, comme il n'y a point d'obligation d'exercer un retrait conventionnel, & que ce n'est point une dette de la succession, mais une simple faculté, les cadets ne peuvent estre obligez d'y contribuer : Que s'ils y contribuent, c'est, comme il vient d'estre dit, à proportion de l'émolument qu'ils en tirent ; & l'aîné de même. C'est aussi le sentiment de la Lande

sur les articles 89. & 90. de la Coutume d'Orleans, & de Monsieur Tiraqueau, *de jure primigen. qu. 51.* ce qui fait que s'il y a d'autres fiefs, l'aîné se donnera bien de garde de consommer son droit d'aînesse dans ce retrait, auquel contribuant à proportion de l'émolument, il est vray de dire que son droit d'aînesse ne consistera plus que dans le bon marché du principal manoir, & de sa plus grande portion au residu : Ainsi il ne manquera pas, en ce cas, de choisir son principal manoir sur un autre fief.

58. *Quid* si le fief est licité aprés la mort du pere.

Il a déja esté dit, que si l'on évince le fief sur la succession du pere par la voye de la restitution pour lésion d'outre-moitié de juste prix, le fils aîné n'a point de droit d'aînesse sur le prix qui est restitué : parce que la restitution se faisant en consequence d'un vice inherent au contrat, & dés à present, comme deslors, l'on juge qu'il ne s'est trouvé que ce prix dans la succession du pere, & on le partage comme une chose mobiliaire, sans aucun préciput pour l'aîné, quoiqu'il eût déja pris son droit d'aînesse sur ce fief.

Il n'en est pas de même, si le fief étant commun entre les enfans, & des étrangers, & la moitié appartenant aux enfans, ayant esté laissée indivise entr'eux dans le partage des autres biens de la succession du pere, il arrive que le fief est licité, & ajugé à ces étrangers : car, en ce cas, l'aîné conserve son préciput sur le prix, lequel, en matiere de licitation, succede au lieu de l'heritage, suivant la Loy *Cum in feudo 78. §. si fundus 4. ff. de jure dotium.* On pourroit aller plus loin : & sur le fondement de cette même Loy, (qui dit, que si par l'évenement de la licitation, tout l'heritage est ajugé au mari, il est reputé dotal pour le tout,) l'on pourroit prétendre que si les freres qui possédoient la moitié du fief par indivis entr'eux, & avec les étrangers qui estoient leurs coproprietaires, en demeurent adjudicataires, l'aîné aura son préciput, & sa plus grande portion sur le total du fief, le tout estant alors reputé de la succession, à cause de la disposition prochaine qu'il avoit d'en estre : une part indivise attirant naturellement l'autre part indivise, & produisant déja par avance le tout dans le tout, & le tout dans chaque partie, à la charge que les puisnez ne contribueront au prix de la licitation, qu'à proportion de l'émolument dans la moitié des étrangers qui a esté ajugée, & non pour leurs portions hereditaires, comme il a esté dit au nombre précedent, à l'égard du retrait conventionnel, qui appartient à la succession. Mais cette ouverture me paroist trop subtile, & il faut dire que l'aîné n'aura son droit d'aînesse que sur la moitié, qui est de la succession.

Il faut aussi conclure de ce qui a esté dit, que si le pere ayant acheté un fief, meurt avant que d'en estre en possession, pourvû que l'action qui resulte de son contrat soit efficace, & qu'il ait acheté du veritable proprietaire, l'aîné aura son droit d'aînesse sur ce fief.

Que si au contraire le pere avoit vendu son fief à un étranger, qui n'en avoit pas encore pris possession, l'aîné n'aura aucun droit d'aînesse, ni sur le fief, ni sur le prix ; mais le prix se partagera également entre les enfans, parce que l'acheteur ayant une action personnelle pour obtenir le fief, est reputé avoir le fief même, & ainsi il n'y a que le prix du fief dans la succession, la Loy *Traditionibus C. de pactis*, ne s'observant point ici, où nous avons des clauses dans nos contrats de vente qui font la tradition.

59. Si l'aîné a son préciput sur une rente fonciere que le pere s'est reservée dans l'alienation du fief.

Si quelqu'un aliene son fief avec reserve d'une rente fonciere, quoique l'on dise ordinairement que la rente fonciere tient lieu de l'heritage, qu'elle en fait partie, & que le bailleur s'est reservé l'heritage à proportion de la rente ; neanmoins il n'y aura point de droit d'aînesse dans sa succession sur cette rente, parce que ce n'est pas veritablement un fief, mais quelque chose qui tient lieu d'un fief : Autre chose est, si le bailleur a retenu la foy & hommage, auquel cas la rente est feodale, & non simple fonciere ; & l'aîné y prendra la moitié ou les deux tiers : & dans la Coutume d'Orleans il y prend même la valeur & la recompense de son préciput, c'est à dire, du principal manoir, s'il y en a quelqu'un sur le fief aliené, selon l'art. 93. ce qui n'a pas lieu dans les autres Coutumes. Et c'est la distinction que fait Maistre Charles du Molin, sur l'art. 11. nomb. 2. de l'ancienne Coutume de Paris, où il observe que le préciput est assigné en chose corporelle ; mais que la plus grande portion dans le fief s'entend aussi-bien du fief en l'air, & d'une Justice, que d'un domaine, & d'une Terre feodale.

Dans les cas où l'on doute de la consolidation du fief & de l'heritage tenu en censive, l'on doute par consequent du droit d'aînesse, comme en ces especes, d'un pere qui a acquis un heritage en sa censive : d'un qui a acquis la censive sous laquelle il avoit un heritage : d'un qui a acquis le cens auquel sa Terre estoit sujette : d'un mari qui a acquis un heritage en la censive de sa femme : d'un qui a acquis le fief en la censive duquel le propre de sa femme est situé. Car toutes ces especes se décident par un seul principe, sur le fondement duquel il faut décider du droit d'aînesse, que quand une même personne devient proprietaire de la censive, & de l'heritage qui en dépend, soit par vente, soit par succession, à moins que dans l'instant de son acquisition, il ne fasse une declaration précise & formelle, qu'il n'entend point réunir & consolider l'heritage avec le fief ; il s'en fait une telle réunion, qu'une declaration subsequente ne suffiroit pas pour l'empêcher, & que la roture se partage à l'avenir comme fief. En quoy nôtre nouveau Droit differe de l'ancien, où tout au contraire il falloit en tous ces cas une declaration pour réunir. Ainsi un pere acquerant un heritage qui est en la censive d'un fief, qui luy appartenoit déja auparavant, encore qu'il n'en fasse aucune declaration, la réunion & la consolidation s'en fait neanmoins, & l'heritage est reputé feodal, & se partage entre ses enfans avec droit d'aînesse : si ce n'est que par le contrat même d'acquisition de l'heritage, ou par une declaration faite à l'instant, il ait declaré ne vouloir point réunir, & c'est la disposition de l'article 53. de la Coutume de Paris. 60. Du droit d'aînesse dans le cas de la consolidation de la roture avec la censive.

Il ne suffiroit pas, pour empêcher cette réunion, d'une declaration tacite, comme celle qui resulte de ce que le pere, en rendant aveu de son fief, n'auroit point énoncé la roture comme réunie & consolidée ; ni d'une declaration expresse qui seroit faite posterieurement, & aprés quelque intervalle de temps, ni même d'une declaration du pere portant revocation de la réunion déja faite. Car dés que le pere, qui avoit la censive, est devenu proprietaire de l'heritage tenu en censive, le droit de censive a esté éteint & amorti par la maxime que *res sua nemini servit*, qui est établie en la Loy 26. & en la Loy derniere, *ff. de servitut. præd. urb.* Aussi l'heritage auparavant censier, est à l'avenir du domaine du fief, & d'une même tenure, & est exploité conjointement avec luy aux mutations qui peuvent arriver : & 61. Quelle declaration il faut pour empêcher cette réunion. 62. De l'effet de cette réunion.

cet effet est perpetuel dans la famille, les enfans ne peuvent pas même, à l'occasion du partage des biens du pere, luy rendre son ancienne qualité : & en cela, la réunion legale differe de la declaration, par laquelle le pere auroit empêché la réunion. Car l'effet de cette declaration n'est perpetuel, qu'en tant que la famille veut ainsi, étant toûjours en droit de réünir par une declaration contraire.

63. Si le mari acquiert un heritage en sa propre censive.

Que si le mari acquiert un heritage qui soit en sa censive, & que la femme accepte la communauté, il est bien certain que la partie de l'heritage qui demeure au mari par le partage de la communauté, devient fief ; mais on peut douter de la partie de l'heritage qui tombe dans le partage de la femme : & la raison de douter est, que le mari étant maistre de la communauté, & par consequent de l'heritage qui étoit un conquest, semble avoir réüni & consolidé à son fief, au moment de son acquisition, le total de l'heritage, lequel par consequent n'est plus sujet à la censive, encore que posterieurement il passe en d'autres mains pour le tout ou pour partie : parce que la servitude une fois éteinte, ne revit plus, *& non datur regressus de privatione ad habitum :* c'est pourquoy il semble qu'il soit necessaire, en ce cas, d'un nouvel accensement. Et nonobstant cela, il faut répondre, que la proprieté du mari qui acquiert un heritage en sa censive, n'étant point incommutable pour le tout, la confusion ou la réünion n'est point absoluë, si ce n'est pour une moitié de l'heritage acquis ; mais elle est en suspens à l'égard de l'autre moitié, & elle dépend de l'acceptation de la femme, n'ayant point lieu, si la femme accepte ; & ayant lieu, si elle renonce à la communauté.

Aussi quand on dit qu'il n'y a point de retour de la privation à l'habitude, & qu'une servitude une fois éteinte ne revit plus, si ce n'est par une nouvelle constitution, cela s'entend quand la confusion & la privation est absoluë, suivant la Loy 18. *ff. de servitut.* qui dit, *in omnibus, servitutibus, quæ additione confusæ sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi :* sur quoy il faut voir la Loy 26. & la Loy 95. §. 8. *ff. de solut.* C'est ainsi que l'hypoteque & la servitude revit, lorsqu'un acquereur est évincé par le retrait feodal ou lignager, ou conventionnel : ou lorsque le donataire est évincé en vertu de la Loy *Si unquam C. de revoc. donat.* ou lorsqu'un acheteur est évincé pour lesion d'outre moitié de juste prix. A quoy l'on peut encore rapporter l'art. 15. de l'Ordonnance de 1441. en un mot, le mari qui acquiert un heritage en sa censive, est aux mêmes termes, quand une fois sa femme accepte la communauté, que le proprietaire de l'heritage, à qui il appartient une servitude, lequel acquiert une partie de l'heritage servant : car c'est un cas singulier où la Loy 30. *ff. de servitut. præd. urb.* dit que, *pro parte retinetur servitus*, nonobstant l'individuité de la servitude.

64. Ou un heritage en la censive de sa femme.

Si le mari acquiert un heritage en la censive de sa femme, la moitié qui est duë à la femme, lors de son acceptation de communauté, devient fief dans sa succession, son fils aîné y a droit d'aînesse. Que dira-t-on à l'égard de la moitié du mari ? Et il faut répondre, que la réünion de cette moitié n'étant que momentanée, cette moitié demeure roture aprés la dissolution de la communauté.

65. Si le mari acquiert le fief en la censive duquel le propre de la femme est situé.

Il y a plus de difficulté au cas qu'un mari acquiert le fief, en la censive duquel le propre de sa femme est situé, pour sçavoir si l'heritage de la femme devient feodal, demeure tel, en cas que la femme accepte la communauté sans faire de declaration contraire à la réünion, quoiqu'il ne luy appartienne qu'une moitié dans le fief : car la Loy *Via constituti 23. §. 3. ff. de servitut. præd. rust.* dit, *quæcumque servitus fundo debetur, omnibus ejus partibus debetur : & ideo quamvis particulatim venierit, omnes partes servitus sequitur*, le fief dominant demeurant par indivis entre la femme & les heritiers du mari, il semble qu'il ne doit point avoir de confusion contre les heritiers du mari, qui ne sont point proprietaires de l'heritage servant.

D'un autre côté, il semble que la femme ayant une part indivise dans le fief, elle confond & éteint le devoir de son propre, lequel ne peut pas demeurer en la censive qui luy appartient à elle-même. Ainsi il y a de la difficulté de toutes parts : car ôtera-t-on aux heritiers du mari une mouvance considerable, sans qu'ils y consentent, ni qu'il se fasse aucune confusion en leurs personnes ? aussi l'heritage de la femme luy servira-t-il à elle-même : ou reduira-t-on les droits du mari, ou de ses heritiers, à un droit de censive sur la moitié de cet heritage, parce qu'ils ont la moitié dans le fief, ensorte que l'heritage soit moitié fief, & moitié roture ? Car il semble qu'il faut accorder aux heritiers du mari de deux choses l'une, ou la censive sur une moitié, ou une recompense, supposé que l'on juge l'extinction de la censive, à cause du droit indivis de la femme dans le fief acquis pendant la communauté. ☞ Et j'estime que l'heritage de la femme devient fief pour la même part qu'elle a dans le fief de conquest, par la même raison rapportée au n. 63. Que si dans le partage de communauté la femme n'a rien au fief dominant, son heritage demeure en roture.]

66. Resolution pour l'extinction de la censive, pour moitié seulement.

67. *Quid* si les conjoints acquierent un heritage en la censive de l'un des deux.

Que s'il arrive au contraire, que l'un des conjoints ayant le fief, dont dépend la censive, ils fassent conjointement une acquisition sous cette même censive, il n'y aura que la moitié de cette acquisition qui appartiendra au conjoint qui a la censive, laquelle sera réünie, sur laquelle il y aura droit d'aînesse, l'autre moitié demeurant en roture & sous la même censive.

68. *Quid* si les conjoints acquierent 1. le fief, 2. la roture qui en dépend.

Que dira-t-on au cas que les conjoints acquierent 1. le fief, 2. la roture qui en dépend, le tout durant la communauté ? Et il faut répondre, qu'en ce cas la réünion se fait indistinctement, quelque évenement qu'il arrive, & soit que la femme accepte, soit que par sa renonciation la communauté reside toute entiere en la personne du mari.

69. Que le droit d'aînesse consiste en prérogatives & honneurs, & en droits utiles.

Aprés avoir examiné à qui appartient le droit d'aînesse, & avoir parlé de certains cas, dans lesquels on peut douter s'il peut avoir lieu, & de certaines choses que l'on doute aussi en être susceptibles, il reste de regler en quoy consiste ce droit : & il est évident qu'il consiste en prérogatives & honneurs, & en droits utiles : Aussi ce pere de l'ancien Testament donnant sa benediction à celuy qu'il croyoit son fils aîné, dans le chapitre 27. de la Genese, luy attribuoit sur ses freres ce double avantage, en l'établissant maistre de tous ses freres, *esto dominus fratrum tuorum, & incurventur ante te filii matris tuæ*, & luy souhaitant la rosée du Ciel, & l'abondance de la terre, *det tibi Deus de rore cœli & de pinguedine terræ, abundantiam frumenti & vini :* & il est dit au Deuteronome, chapitre 21. *dabitque ei, de his quæ habuerit, cuncta duplicia iste enim est principium liberorum ejus, & huic debentur primogenita.*

La Coutume de Troyes, article 14. dit, qu'à l'aîné appartient le nom de *Seigneur, le cry & les armes de la maison*; & celle de Sens disant la même chose en l'article 200. la Rochemaillet a ainsi expliqué le mot de *cry*, c'est à dire, le nom, le titre, la qualité, la devise, les armoiries, & écussons, que les aînez nobles ont sur leurs puisnez. D'où il ne faut pourtant pas conclure, que cette premiere partie du droit d'aînesse, qui concerne les prérogatives & honneurs, n'ait lieu qu'à l'égard des Nobles en toutes sortes de Coutumes. Dans celle de Paris & autres semblables, la qualité de Seigneur de fief appartient aussi bien à l'aîné roturier, qu'à l'aîné noble, outre les autres prérogatives qui luy appartiennent en toutes sortes de Coutumes, soit qu'il soit noble, soit qu'il soit roturier, comme le rang & la préséance sur ses puisnez, l'avantage de se seoir à la droite du pere commun. Mol. sur l'article 8. de la Coutume de Paris, gl. 3. nomb. 3. le dépost des titres, dont parle la Coutume de Normandie, article 350. & il retient la plûpart de ces avantages, quoiqu'il renonce à la succession du pere.

70. De l'indivisibilité des grandes Seigneuries. A l'égard des droits utiles, il est déja certain que dans les fiefs Royaux, c'est à dire dans les Duchez, les Marquisats, & les Comtez, l'aîné a le total, parce que ces sortes de fiefs ne sont point sujets à division, suivant la Constitution de l'Empereur Frideric, *de feudis non alien.* au §. *praeterea*, qui porte, *praeterea Ducatus, Marchia, Comitatus de caetero non dividantur*, & suivant l'art. 278. de la Coutume d'Anjou. Ce qui est fondé sur deux raisons : la premiere, que le service à la guerre, qui est attaché à ces grandes Seigneuries, se rend beaucoup mieux par celuy qui les possede dans leur integrité : la seconde, que les reliefs & autres droits s'en exigent plus aisément : Aussi on ne permet pas même au titulaire d'un Duché, d'aliener ce qui a esté une fois réüni à son fief, comme il a esté jugé par l'Arrest du 18. Juillet 1654. pour la Terre & Seigneurie de Maupas, laquelle ayant esté une fois réünie au Duché de Chevreuse, fut jugée n'en pouvoir estre démembrée par Monsieur le Duc de Chevreuse, & cela sur l'opposition d'un Vassal de cette Terre, qui se vouloit conserver l'avantage de dépendre immediatement de ce Duché, & qui suscita le ministere de Monsieur le Procureur General : mais

71. Que l'aîné doit recompenser aux puisnez. il est dû, en ce cas, une recompense aux autres enfans: parce que l'indivisibilité des grand fiefs, & des grandes Seigneuries, n'augmente pas le préciput de l'aîné ; mais luy donne lieu seulement de conserver les fiefs en leur entier, en recompensant ses puisnez. La Coutume a lieu à l'égard de tous les fiefs indistinctement : & les Ducs, les Marquis & les Comtes, qui assistent à sa reformation, ne s'opposent point, pour faire établir un droit particulier en leur faveur. Ensorte que s'il n'y avoit point d'autres biens dans la succession, les cadets, & les filles même, pourroient demander la division des fiefs de cette nature, pour y prendre leurs parts & portions, selon Maistre Charles du Molin, sur l'article 20. de la Coutume de Paris, nomb. 6. & 7. où il conclut qu'il n'y a que le Royaume, qui soit absolument indivisible de soy-même; mais que les fiefs Royaux ne laissent pas d'estre divisibles, quoiqu'on les maintient, tant que l'on peut, dans leur integrité. Aussi la Constitution de l'Empereur Frideric fut faite en un temps auquel les fiefs n'étoient point hereditaires ; ce qui faisoit qu'étant attachez à la personne du vassal, ils en étoient inseparables pour le tout. Voyez aussi la Coutume de Tours, art. 292. & celle de Lodunois, chap. 28. art. 1.

Il y a même des Coutumes dans le Royaume, où les fiefs appartiennent entierement à l'aîné, comme la Coutume de Saint Quentin, art. 33. celle de Noyon, article 2. & plusieurs autres.

On peut demander, si l'on peut stipuler dans l'infeodation, que l'aîné aura une plus grande part dans le fief, qui ne luy est donné par la Coutume : par exemple, si dans la Coutume de Paris on peut établir dans un titre de concession & d'infeodation, que l'aîné aura le total du fief, sans donner aucune récompense à ses puisnez, ce qui s'appelle dans les livres de fiefs, *more Francorum succedere* : & il faut resoudre que cela est permis lors de la concession du fief, mais non pas aprés ; & c'est le sentiment de Henry de Rosental, chap. 7. dist. 26. nomb. 1. 2. & 5. & de Tiraqueau, *de jure primigen. qu. 6.* J'estime même, que quoique le fief n'ait point esté accordé sous cette condition, elle pourroit estre établie dans un contrat de mariage, sauf la legitime des puisnez, en cas qu'il n'y eût pas d'autres biens, suivant l'art. 17. de la Coutume de Paris : parce que cette stipulation n'est point contraire aux bonnes mœurs. Sur quoy il faut voir Aufrerius, *decis. Tholos. C. 452. 453.* ce qui n'auroit lieu qu'à l'égard des enfans issus du mariage, & dans la succession de ceux qui auroient établi cette Loy pour leurs enfans. Autre chose est de certains usages particuliers concernant les successions, qui s'étant établis dans les familles, on les a voulu quelquefois faire passer pour des Loix, qui devoient estre gardées inviolablement par les descendans : comme d'exclure la representation pour les fiefs, ce qui se trouve combattu par la plûpart des Docteurs, comme Forster, en son Traité des Successions, qu. 3. & Michel Grassus, *§. success. ab intest. qu. 16.* & est même condamné par les Arrests, & entr'autres par un du 14. Mars 1558. rapporté par Charondas sur l'article 319. de la Coutume de Paris. Ce qui est bien different d'une Loy établie par un titre de concession, ou par un contrat de mariage ; & comme nous avons dit cy-dessus, que le pere pour établir cet ordre dans le titre d'infeodation, que ses enfans succederont également au fief : Aussi il semble qu'il peut stipuler une infeodation pour son aîné seulement ; mais la question est de sçavoir, si cela n'oblige pas l'aîné au rapport ; & j'estime que tout ce que le pere stipule audelà des termes de la Coutume, ou en faveur de son aîné, ou en faveur de ses enfans mâles, est sujet à rapport dans le premier degré, c'est à dire, dans la succession du pere, ce qui appartient à la matiere des rapports.

72. Si l'on peut stipuler que le fief appartiendra entierement à l'aîné.

Il faut aussi observer, que les droits utiles, qui sont le préciput de l'aîné, consistant ordinairement en un principal manoir, & une plus grande portion au residu du fief, il y a des Coutumes qui donnent le principal manoir, & la plus grande portion, dans chacune des deux successions du pere & de la mere : Telle est la Coutume de Paris, art. 15. & celle de Blois, article 143. & ces Coutumes sont les plus regulieres : parce que la difference des personnes, à qui l'on succede, fait la difference des successions. Que si dans ces Coutumes il y a un fief, qui soit un conquest de communauté, quelques-uns estiment que l'aîné doit prendre deux manoirs. Et c'est l'avis de Maistre Charles du Molin, sur l'article 11. de l'ancienne Coutume de Paris, nombre 4. & de Maistre Jean Marie Ricard, sur l'article 126. de la Coutume de Senlis, Maistre Charles du Molin estimant, que s'il y a deux manoirs,

73. Des Coutumes qui donnent dans les deux successions, un ou deux droits d'aînesse, un ou deux manoirs.

l'aîné les doit avoir, & que s'il n'y en a qu'un, il luy est dû recompense, c'est à dire, un arpent de terre pour un second manoir, & que s'il n'y en a point du tout, il doit estre recompensé pour deux manoirs, & doit avoir deux arpens de terre en préciput. Brodeau, sur l'art. 15. de la Coutume de Paris, nombre 4. dit, que le fief & les successions demeurant indivis, l'aîné n'a que la moitié du manoir principal, comme heritier du pere, & moitié comme heritier de la mere, parce qu'il n'y a que la moitié du fief & du manoir, qui soit de la succession du pere, & l'autre moitié est de la succession de la mere, un même fief n'estant pas multiplié par les parts indivises qu'on y peut avoir, & qu'il semble bien plus juste de faire passer chaque moitié du manoir, pour un manoir entier, que l'aîné prend dans chacune des deux successions, que de feindre qu'il y a deux fiefs, & qu'il y doit avoir par consequent deux manoirs, où il n'y a actuellement qu'un seul fief, & où par consequent l'aîné ne doit avoir qu'un seul manoir. Il prétend que cette décision doit avoir lieu, au cas même, qu'aprés le decés du premier mort, les enfans ayent partagé avec le survivant de leurs pere & mere, parce que l'on n'a pas pû faire par ce partage, deux fiefs subsistans chacun par luy-même, de ce qui estoit auparavant un seul & unique fief.

J'estime neanmoins que l'opinion de Maistre Charles du Molin est la meilleure, parce qu'il suffit qu'il y ait dans la succession du pere, & dans celle de la mere, un domaine feodal, pour donner lieu à l'aîné de prendre un principal manoir. Chaque partie du fief, qui est de la succession du pere, est un fief de la même succession: cela se verifie dans les subdivisions, qui se font des fiefs dans les successions des descendans, où un même fief peut estre divisé en cent parties differentes, & chaque partie qui se trouve dans une succession particuliere d'un des enfans est reputée le fief de la succession, sur lequel l'aîné doit avoir un préciput & principal manoir. C'est pourquoy, encore qu'au respect du Seigneur dominant, toutes ces parties ne composent qu'un seul & unique fief; neanmoins quant au partage de famille, & au droit d'aînesse, chaque partie qui se trouve dans une succession, est un fief particulier. Il en est de même icy, où le fief de conquest n'est qu'un unique fief par rapport au Seigneur dominant; mais il se multiplie en deux divers fiefs: l'un pour la succession du pere; l'autre pour celle de la mere, & par consequent l'aîné doit avoir un préciput & principal manoir dans l'une & l'autre de ces deux parties.

☞ Cette opinion de Maistre Charles du Molin doit estre neanmoins restrainte, au cas que les deux successions se trouvent échuës & indivises; car si la mere meurt la premiere, par exemple, le fils aîné n'aura pas droit de demander pour son préciput le principal manoir en son entier, au préjudice du pere, qui devant avoir moitié du fief de conquest, doit aussi avoir moitié du principal manoir; mais il semble qu'on doit dire en cette espece, pour rendre la décision de Maistre Charles du Molin uniforme dans tous les cas qui se peuvent presenter, que l'aîné n'aura à la verité que la moitié du principal manoir; mais il devra avoir aussi la moitié d'un arpent: ce qui nous conduira à luy donner aprés le decés du pere, l'autre moitié du château, & un autre demi arpent, afin qu'il ait pour chaque succession, ou un principal manoir, ou la valeur & la recompense ordonnée par la Coutume.

Que si dans la même espece du prédecés de la mere, on suppose un partage de communauté, dans lequel le total du fief soit donné à sa succession; j'estime qu'en ce cas l'aîné aura le principal manoir en son entier, sans recompenser les puisnez: parce que les partages ont un effet retroactif, & sont censez avoir eu lieu au moment du decés, comme nous avons établi liv. 3. chap. 1. des Partages, nomb. 34.

En suivant cette distinction, on donne toûjours à l'aîné un préciput entier dans chaque succession où il y a fief.]

Il y a d'autres Coutumes qui ne donnent qu'un seul droit d'aînesse dans les deux successions, telle est la Coutume de Bar, art. 115. & entre celles-cy la Coutume d'Auxerre art. 55. ordonne, que si le fils aîné avoit pris son droit d'ainesse sur les biens du pere prédecedé, il le pourra quitter aprés la mort de la mere, pour en prendre un dans la nouvelle succession. Il y a aussi la Coutume de Normandie, qui donnant un préciput dans chacune de ces deux successions, dit neanmoins en l'art. 347. que si une des deux estant échûë, l'autre arrive avant que l'aîné ait choisi son préciput, alors les deux successions seront reputées confuses, & l'aîné n'aura plus qu'un seul préciput.

Enfin, il y en a qui ne donnent qu'un principal manoir dans les deux successions; mais qui donnent dans chacune la plus grande portion au residu: telle est la Coutume de Dreux, art. 5. sur la fin, qui dit, *& n'y a qu'un droit d'aînesse quant au principal manoir:* ce qui ne se peut entendre que du cas dont il s'agit: c'est à dire, quand il y a des fiefs dans les deux, auquel cas, l'aîné n'aura qu'un principal manoir. Car cet article ne se peut pas entendre de plusieurs fiefs d'une même succession, situez en diverses Coutumes, chaque Coutume estant limitée, à cet égard, par son ressort particulier, comme il sera montré dans la suite. C'est pourquoy cet article s'entend ainsi, que l'aîné n'a qu'un principal manoir dans toutes les successions de pere & de mere. A quoy il faut ajoûter, suivant la Note de Maistre Charles du Molin, sur cet article, qui s'entend encore du pere commun, ou de la mere commune. Ensorte que si un fils avoit trouvé un principal manoir dans la succession de sa mere, cela ne l'empêcheroit pas d'en prendre un dans la succession de son pere qui se seroit remarié; supposé principalement qu'il fût seul du premier mariage. Car, selon Maistre Charles du Molin, il y a même un droit d'aînesse pour le fils unique, les enfans du second lit n'ayant pas droit de luy reprocher qu'il prend deux manoirs dans les deux successions de ses pere & mere, puisqu'ils ne sont point heritiers de sa mere. Autre chose seroit, s'il n'estoit pas fils unique du premier lit: car si ses freres & sœurs du premier lit veulent empêcher qu'il ne prenne deux droits d'aînesse dans les deux successions de la mere commune, & du pere commun, ceux du second profiteront de cet empêchement: si ce n'est qu'il ne s'avisât de quitter le principal manoir, qu'il auroit choisi dans la succession de la mere, pour en prendre un dans la succession du pere, suivant la décision de la Coutume de Châteauneuf, qui est voisine, laquelle en l'art. 5. dit, que *l'aîné ayant pris un principal manoir dans la premiere succession, peut le quitter pour en prendre un dans la seconde:* ce que j'estime devoir avoir lieu, quoique ce changement tourne au préjudice des en-

74. La Coutume qui réduit à un principal manoir dans les deux successions, s'entend du pere commun & de la mere commune, non au respect des freres consanguins ou uterins.

fans d'un second lit : parce que , comme Maître Charles du Molin dit en quelque endroit , cette perte que souffrent en ce cas les enfans du second lit, ne leur vient que *per consequentiam remotam* : & l'aîné ne change pas de manoir pour faire tomber cette perte pour le tout, ou pour partie, sur le second lit, mais pour avoir un manoir plus avantageux en la succession du pere, que celuy qu'il avoit dans la succession de la mere.

75. La Coutume qui donne un préciput dans la succession du pere, s'entend aussi de la succession de la mere.

Enfin, l'on demande si une Coutume, qui donneroit un préciput dans la succession du pere, seroit reputée le donner aussi dans celle de la mere? Et il semble que non, parce que le préciput qui est contre l'égalité naturelle, doit être précisément ordonné. Voyez Tiraqueau *de jure primigen. qu. 9.* Et si l'on ne suppléroit pas à une Coutume qui n'en auroit point du tout donné, l'on ne voit pas multiplier celuy que la Coutume se contente de donner.

76. S'il est dû recompense lorsque l'aîné ne pouvant prendre qu'un préciput, le prend au préjudice d'un second lit.

On peut porter plus loin la question précedente : car on peut demander, si un aîné ne pouvant prendre qu'un droit d'aînesse dans les deux successions de pere & de mere, ou ne pouvant prendre dans les deux qu'un seul & unique principal manoir, il y aura recompense à cet égard entre les deux lits, supposant la même espece, qui vient d'être supposée , que le pere se soit marié deux fois : car le fils aîné ne se peut prendre un droit d'aînesse dans la Coutume d'Auxerre, ou un principal manoir, dans la Coutume de Dreux, ou de Chasteauneuf, sur les biens de la succession de la mere, qu'il ne décharge d'autant la succession du pere, & par consequent les enfans de son second lit, & au contraire, il ne peut prendre son droit d'aînesse, ou son préciput sur les biens du pere, qu'il ne décharge d'autant ses freres germains du premier lit, au préjudice de ceux du second; en faisant porter ce droit d'aînesse, ou ce préciput aux deux lits; au lieu que dans l'autre espece le premier lit le rapporte seul : A plus forte raison, si suivant l'article 55. de la Coutume d'Auxerre, ou l'article 5. de la Coutume de Chasteauneuf, aprés avoir pris son droit d'aînesse, ou son préciput sur la succession de la mere, il le quitte, pour en prendre un sur celle du pere, au préjudice des enfans du second lit. Et j'estime, qu'il n'est dû aucune recompense à cet égard: parce que, comme il vient d'être dit, que l'aîné aprés avoir pris le droit d'aînesse en la succession de sa mere pourroit encore en prendre un de la succession du pere, n'étoit l'empêchement des enfans du premier lit, & que les enfans du second lit de son pere ne l'en peuvent empêcher de leur chef: parce que cet empêchement n'appartient qu'aux freres germains, les enfans du second lit ne sçauroient se plaindre que l'aîné prenne un droit d'aînesse sur les biens du pere commun. Ce qui ayant pour fondement l'ouverture qu'en a donné Maître Charles du Molin en cette Note, sur l'art. 3. de la Coutume de Dreux, il est bon d'en rapporter les termes. *Id est*, dit-il, *si illud accepit in successione patris communis, non debet rursus aliam principalem mansionem capere in successione matris communis, & è contra secus si parens in cujus successione accepit, non esset communis, sed alterius matrimonii.*

77. S'il y a des fiefs en plusieurs Coutumes, l'aîné a autant de droits d'aînesse.

Enfin, il faut observer, que l'aîné a autant de droit d'aînesse, qu'il y a de Coutumes où le défunt a laissé des fiefs : ce qui est même établi par quelques-unes des Coutumes du Royaume, & entr'autres par celle d'Anjou, art. 224. & ce qui ne se doit pas entendre des simples Coutumes locales, suivant la Note de du Molin, sur ledit article, & la Lande sur les articles 89. & 90. de la Coutume d'Orleans. ☞ Quelques-uns ont prétendu même que les Coutumes du Maine & d'Anjou n'étant qu'une même Coutume, parcequ'elles sont presque conformes en toutes leurs décisions; l'aîné n'y devoit avoir qu'un seul préciput : ce qui a esté jugé par Arrest du 16. Decembre 1556. qui est dans de Lhommeau sur les articles 223. 4. 5. mais on ne se conformeroit peut-être pas aujourd'huy à cet Arrest.]

Maître Charles du Molin a demandé, si Brie-Comte-Robert ayant esté autrefois de la Prevôté de Paris, & depuis ayant esté érigé en Bailliage, un aîné doit avoir un principal manoir à Brie, & un à Paris, & sur l'art. 122. de la Coutume de Paris, il décide que non, & dit, *consuetudo vetus remanet, & erat realis, & semel res affecit: & sic non debet habere nisi unum manerium :* ce qui paroît sans doute, puisqu'il est constant que Brie-Comte-Robert est toûjours de la Coutume de Paris. Maître Jean Marie Ricard est de cet avis sur l'art. 126. de la Coutume de Senlis, & tient qu'un pere laissant des fiefs à Beauvais, & d'autres à Senlis, l'aîné n'aura qu'un seul droit d'aînesse dans ces Bailliages, supposé que ces fiefs soient tous de la Coutume de Senlis : car il ajoûte, que le Bailliage de Beauvais, se trouvant sujet à quatre Coutumes differentes, il peut arriver qu'un aîné ait quatre droits d'aînesse dans ce seul Bailliage : le droit d'aînesse dépendant de la disposition de la Coutume, & non pas de l'érection du Bailliage.

Il y a encore des dispositions de Coutumes singulieres sur ce chapitre: car la Coutume de Normandie donne un fief à l'aîné à son choix : puis un au second fils, aussi à son choix: & il a esté jugé dans cette Coutume, qu'un pere ayant obtenu Lettres pour unir deux fiefs en un, l'aîné pouvoit choisir ces deux fiefs ainsi unis : & cela, par Arrest rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. chap. 8. nomb. 1037.

L'article 13. de la Coutume de Paris, donnant à l'aîné un principal manoir, l'on a demandé si un toict rustique, ou une grange pouvoit passer pour manoir, & si l'aîné choisissant cette grange pour principal manoir, elle luy doit estre ajugée ? Quoique Maistre Charles du Molin sur l'art. 8. de la même Coutume, gl. 4. n. 2. dise, qui suffit que l'édifice soit bâti sur le fief, pour pouvoir servir de préciput à l'aîné ; neanmoins c'est au sujet d'une question toute differente, sçavoir si un édifice estant bâti sur plusieurs fiefs, l'aîné aura le total, laquelle il décide en faveur de l'aîné, par cette raison qui vient d'estre dite : mais sur l'art. 143. de la Coutume de Blois, il se declare contre l'aîné sur la question dont il s'agit, & dit, que la grange ni le pressoir ne luy peuvent servir de préciput, quoiqu'il n'y ait point d'autre édifice : & nonobstant cela, j'estime que la grange appartient à l'aîné par argument de l'art. 14. de la Coutume de Paris, où il n'y a que les profits du moulin ou du pressoir, lequel est dans l'enclos du préciput, qui se partagent, le corps de l'un & de l'autre appartenant à l'aîné : d'où il suit, que la grange appartient entierement à l'aîné, même pour les profits, parce qu'elle n'est jamais banale. Que si l'aîné ayant un principal manoir, avoit encore pris la grange, qui se feroit trouvée dans la basse-cour : à plus forte raison semble-t-il pouvoir prendre la grange pour principal manoir, pourvû qu'elle soit en fief : c'est l'avis de Maistre René Chopin, sur la Coutume de

78. Si l'aîné peut prendre une grange pour son principal manoir.

Paris, liv. 1. tit. 2. nomb. 14. *Vice versa*, s'il n'y a qu'une maisonnette, l'aîné est obligé de s'en contenter, & ne peut pas prendre l'arpent de terre, que la Coutume luy donne, au lieu du principal manoir.

Que s'il y avoit de grandes reparations à faire sur le principal manoir, il seroit obligé de le prendre en cet état; mais s'il estoit absolument ruiné, & que l'on pût dire, *hic locus, ubi Troja fuit*, en ce cas, il pourroit laisser ces masures, & prendre l'arpent de terre.

79. Du moulin, four, ou pressoir qui se trouvent dans la basse-cour.

Par la même Coutume de Paris, l'aîné, outre son principal manoir, doit avoir la cour où il est basti, les fossez, & tout ce qu'ils contiennent, l'enclos, ou jardin joignant, jusques à concurrence d'un arpent, plus la basse-cour qui doit faire partie du préciput de l'aîné, encore qu'il y eût un fossé, ou un chemin entre-deux. Que si dans la cour, ou basse-cour, il y a un moulin, ou un four, ou un pressoir, elle dit en l'art. 14. qu'à l'égard du moulin le corps en appartient à l'aîné, mais que les revenus sont sujets à partage, comme le reste du fief; & que si c'est un four ou un pressoir, le corps & les revenus en appartiennent à l'aîné, à moins qu'il n'y ait une bannalité qui y soit attachée, auquel cas le corps du pressoir, ou du four, appartient à l'aîné, mais les revenus sont sujets à estre partagez entre tous les enfans. En un mot, la Coutume a jugé, que tout moulin, four, ou pressoir qui se trouve dans la basse-cour du principal manoir, appartient regulierement à l'aîné, parce que *superficies cedit solo*; mais que quand la superficie change trop notablement la qualité du fond, la regle devoit recevoir quelque exception: & sur ce fondement elle a décidé, que le moulin estant toûjours pour le profit, & estant rarement pour le seul usage de la maison, les profits en devoient estre partagez entre les enfans, comme le reste du fief, & cela, soit que le moulin fût bannal ou non; mais que comme on pouvoit faire un four ou un pressoir pour l'usage de la maison seulement, les profits du four ou pressoir situé dans la cour ou basse-cour du Château, appartenoient à l'aîné, à moins que le four ou pressoir ne fût bannal, auquel cas, comme il est pour le commerce, & pour le lucre, & non pour le seul usage du logis, les revenus en doivent estre partagez entre tous les enfans: & dans cet article 14. de la Coutume de Paris, qui est de nouvelle reformation, l'on n'a pas suivi entierement l'opinion de du Molin: car il avoit usé de cette distinction, même à l'égard du moulin, & avoit dit qu'il falloit examiner s'il estoit destiné pour le commerce: si ce n'estoit qu'il se trouvât situé *super solo ipsius principalis mansionis, tunc enim necessariò includeretur appellatione domus, tanquam ejus pars & cederet solo*: ou que le fief même ne consistât que dans le moulin, comme il dit qu'il en a un, lequel releve d'un fief qui luy appartenoit autrefois, & qu'il a cedé à son puisné, en commençant à se donner tout entier à l'étude, *quod litteris, studiisque immersus, minori fratri dedi*, & dans lequel il rentra, lorsqu'il fit juger sa revocation de cette donation.

80. Distractions qui se font sur le principal manoir.

Il resulte de ce qui vient d'estre dit, que dans la Coutume de Paris l'on distrait sur le principal manoir. 1. Les revenus du moulin bannal ou non bannal. 2. Les revenus du four ou pressoir bannaux. 3. Les droits de fief ou de censive. 4. La Justice. 5. Le droit de patronage: mais il y a de ces droits dont il est permis à l'aîné de recompenser ses puisnez, qui sont les profits du moulin, & les profits du four & pressoir bannaux, & il y en a d'autres dont il n'a pas la faculté de recompenser ses puisnez, comme les droits de fief & de censive, & le droit de Justice, aussi-bien que celuy de patronage.

Enfin cette recompense, dans les cas où elle est permise, doit estre faite en terres du même, ou d'un autre fief, & non en argent, & non pas même en heritages roturiers, si les puisnez n'en sont consentans.

81. *Quid* s'il n'y a qu'un moulin & des terres labourables.

Cette exception que Maistre Charles du Molin avoit établie avant la reformation de la Coutume, d'un fief qui ne consiste que dans un moulin, donne lieu de demander comment il faudroit regler le préciput de l'aîné, supposé qu'un fief ne fût point bâti: mais qu'il y eût un moulin & des terres labourables, si l'aîné pourroit prendre un arpent au lieu d'un manoir, plus un autre arpent que luy donne l'article 15. de la Coutume de Paris dans l'enclos ou jardin, & choisir, pour ce dernier arpent, l'enclos où ce moulin se trouveroit situé: ensorte qu'il eût deux arpens, & le moulin sur l'un des deux? Et j'estime que le moulin change trop notablement la qualité du fond, pour que cela se puisse ainsi regler; quoiqu'il ait esté dit cy-dessus, que l'aîné pouvoit choisir une grange pour principal manoir; mais la difference est visible, en ce qu'une grange est pour l'exploitation de la Ferme, au lieu que le moulin est une Ferme particuliere. D'ailleurs, quand il est dit en l'article que le corps du moulin appartient à l'aîné, c'est dans l'hypothese qu'il se trouve situé dans la basse-cour du principal manoir, & par la regle *superficies cedit solo*; mais l'aîné n'ayant pas plus sur un arpent de terre que sur l'autre, & n'y ayant point d'arpent de terre qui ait pour luy une destination naturelle, comme le principal manoir, il en doit choisir un à qui sa superficie ne fasse pas changer de qualité: c'est pourquoy il peut bien choisir un arpent de vignes pour un arpent de terre labourable; mais il ne peut pas choisir l'arpent de terre où l'on a construit un moulin: entre les prez il peut choisir le plus gras, & celuy qui porte deux ou trois herbes: entre les vignes, celle qui produit le meilleur vin, & qui est moins sujette à la gresle. S'il choisit en Esté, il peut prendre une piece de bled pour recueillir peu aprés: Si en Automne, un arpent de vignes: mais il ne peut pas prendre un arpent de bois, si toute la terre, ou la plus grande partie ne consiste en bois: ni un arpent de terre où il y ait une carriere ouverte, ou une mine d'or déja découverte: car les bois sont considerez, dit du Molin, comme une superficie ajoûtée au fond, *non tanquam fructus colligibiles, sed tanquam superficies superimposita fundo, & aliquando altum nemus continet fructus centum aut trecentum praecedentium annorum.*

82. Si le choix du principal manoir est un droit cessible.

On demande encore si la faculté que la Coutume donne à l'aîné de choisir un principal manoir, ou un arpent de terre, est un droit qui puisse estre cedé & transporté à un étranger? Et Maistre Charles du Molin, qui propose cette question sur l'art. 10. de la Coutume de Paris, nomb. 3. est d'avis que ce droit ne se peut ceder, ce qu'il appuye de la Loy *Si quis stipulatus 112. ff. de verb. obligat.* & dit, que tel droit est purement personnel, & attaché necessairement à la personne de l'aîné, & qu'on ne satisferoit pas autrement à la Coutume, qui ne donne ce droit uniquement qu'à l'aîné. La difficulté est, qu'il semble qu'en vertu d'une cession & transport, un étranger peut exercer tous les

droits utiles, qui appartiennent au fils aîné, qui sont reputez *in bonis* du même fils, & qui sont dans le commerce. Mais la raison principale de Maistre Charles du Molin est, qu'un creancier auroit bien un manoir en vertu de sa cession; mais il prétend qu'il ne peut pas par son choix & option préjudicier aux coheritiers de son cedant, devant recevoir cela de luy qui est le juge du partage: parce que cette prerogative du choix sur les coheritiers, est pure personnelle. Aussi la Coutume de Normandie a bien passé plus avant, puisqu'elle décide en l'article 344. que le creancier subrogé aux droits de l'aîné, ne peut demander de droit d'aînesse: mais comme cette Coutume est singuliere, il faut distinguer & dire, que l'étranger cessionnaire de l'aîné doit avoir un principal manoir, un arpent de terre de l'enclos ou jardin, & une plus grande portion au residu du fief; mais qu'il n'a pas cette prérogative du choix, qui n'est donnée qu'à la personne de l'aîné, ou à sa representation: parce qu'encore qu'il puisse y avoir beaucoup de profit de choisir plutost un manoir qu'un autre, ou un arpent de vigne, plutost qu'un arpent de terre labourable, & qu'ainsi cela estant consideré comme un droit utile, sembleroit devoir appartenir au cessionnaire de l'aîné; neanmoins à bien considerer en elle-même cette faculté du choix & option qu'a l'aîné entre ses coheritiers, c'est plutost un droit honorifique, & une prérogative de l'âge attachée à sa personne, que non pas un profit & un émolument. C'est *primario* un honneur, & *secundario* un émolument: c'est un effet de superiorité, que de se faire sa part à soy-même entre plusieurs coheritiers; & si cela attire quelque profit, ce n'est que par reflexion: ainsi la faculté du choix & option n'est pas cessible, comme l'on dit que les creanciers du Seigneur feodal peuvent bien demander un relief en sa place; & même qu'ils peuvent bien saisir faute d'un relief; mais qu'ils ne peuvent pas saisir feodalement, faute de foy & hommage faite à leur debiteur: parce qu'encore qu'il y eût du profit pour eux dans cette saisie, il ne tendroit qu'à faute d'un droit pur honorifique, qu'ils ne peuvent exercer. Mais que dira-t-on si l'aîné avoit apposé cette clause dans son transport, *qu'il choisit dés à present comme deslors, pour principal manoir, celuy qui sera choisi par son cessionnaire?* En ce cas le choix du cessionnaire vaudra-t-il comme le choix de l'aîné? car on ne doute pas qu'une telle option ne pût estre exercée par Procureur; & cela même pourroit faire beaucoup de difficulté, à cause de la prérogative d'honneur qui est dans le choix & option: quoiqu'à vray dire, c'est alors l'aîné qui choisit par l'organe de son cessionnaire, ou de son Procureur, pourvû que la clause qui vient d'estre dite, soit dans le transport, ou que la procuration soit speciale.

Ce qui vient d'estre dit, n'empêche pas qu'au cas du prédecés de l'aîné, le choix du principal manoir n'appartienne à sa representation, c'est à dire, à l'aîné de ses masles, ou s'il n'a point laissé de masles, à toutes ses filles conjointement.

83. Si l'aîné peut varier dans le choix d'un principal manoir.

On a demandé pareillement s'il est permis à l'aîné de varier dans le choix d'un principal manoir: Et il faut répondre, selon la regle 33. du Droit Canon, qu'il ne le peut regulierement, d'autant plus que son choix porte execution, & même que l'effet en est retroactif: ensorte que du jour de la mort, l'aîné est reputé saisi du principal manoir qu'il a une fois choisi; mais il y a exception, quand il est évincé pour des hypoteques, quoiqu'il ne les ait pas ignorées: parce qu'elles n'affectent pas un certain lieu, mais tous les biens de la succession. En un mot, toutes les fois que le choix de l'aîné n'est pas efficace, il le peut revoquer, comme si dans la suite il est jugé que le principal manoir n'est pas de la succession; ou s'il est évincé en vertu d'une clause de remeré que l'aîné avoit ignorée. Autre chose seroit s'il avoit eu connoissance de la clause: car alors il se devroit imputer d'avoir choisi ce principal manoir, lequel il seroit censé avoir pris avec sa condition, & dans le dessein que le prix luy tiendroit lieu de la chose, en cas que l'on exerçât le remeré. Maistre Charles du Molin va plus loin sur l'article 10. nomb. 31. de la Coutume de Paris: car il dit, qu'en cas que l'aîné ait ignoré la clause, il n'est pas obligé d'attendre l'éviction, mais qu'il peut varier aussi-tost qu'elle vient à sa connoissance: parce que pour rendre le choix de l'aîné irrevocable, il faut qu'il soit fait avec connoissance de cause. Ensorte, que s'il avoit ignoré qu'il y eût d'autres manoirs que celuy qu'il a pris, l'acceptation seroit revocable.

Que si l'aîné ne souffre pas d'éviction, mais quelque diminution seulement, comme si le principal manoir se trouve chargé d'une rente fonciere, à laquelle il ne s'estoit pas attendu, il semble qu'à moins que la chose ne luy ait esté cachée par le dol de ses coheritiers, ce ne luy sera pas un sujet suffisant pour varier dans son choix: car il se doit imputer en ce cas sa negligence, & c'est la même chose que s'il avoit fait choix d'une maison ou d'un arpent de terre de moindre valeur que les autres; ce qui n'est pas un juste sujet de restitution entre majeurs.

On a encore douté quelquefois de quelle mesure on se devoit servir pour mesurer l'arpent de terre que l'aîné a droit de prendre, au lieu d'un manoir, ou avec un manoir dans l'enclos ou jardin. Et il faut répondre, qu'il se faut servir de celle du Seigneur, de la Jurisdiction duquel le fief est dépendant: Que si le fief est sous diverses Jurisdictions, il faut avoir égard à celle dans laquelle l'arpent de terre est situé: Que s'il y avoit deux mesures dans le lieu, l'une Royale, & l'autre subalterne, *il faudroit suivre celle du Roy, comme plus éminente:* Que s'il y en avoit de differentes du même Seigneur, il faudroit suivre la plus avantageuse à l'aîné, parce que le droit d'aînesse est favorable en soy. 84. De quelle mesure on se sert pour mesurer l'arpent de terre, & d'où on le mesure.

On mesure cet arpent de terre dans la Coutume de Paris, depuis l'entrée de l'enclos ou jardin: Que s'il n'y a point de jardin, on le mesure depuis le bord du fossé & hors d'iceluy: ce qui a lieu dans les Coutumes qui donnent le vol du chapon, comme il a esté jugé par Arrest du 7. Septembre 1572. rapporté par Tronçon sur l'art. 13. de la Coutume de Paris: Que s'il n'y a point de fossé ni d'enclos, on met la chaîne au pied du mur du logis.

Il faut dire à present un mot des dettes que le pere pourroit avoir specialement affectées sur son Château, que l'aîné prend pour préciput, & conclure indubitablement, que l'aîné, nonobstant cette hypoteque speciale, n'en doit que sa part, & que s'il paye le tout à cause de l'hypoteque, il a son recours contre ses coheritiers; parce que de quelque maniere que ces dettes soient affectées sur le Château, ce sont toûjours des dettes de succession: & du Molin dit, que *non attenditur in iis hypotheca, quæ est accessoria, sed obligatio ipsa personalis, quæ est principalis, &* 85. Des dettes que le pere a specialement affectées sur le principal manoir.

in

in omnes heredes aquè descendit. Autre chose est des veritables rentes foncieres, qui auroient esté constituées dans l'alienation du Chasteau, & qui seroient à la charge de l'aîne, selon Loyseau, du Déguerpissement, liv. 1. de la distinct. des rentes, chap. 3. nomb. 16. Que si le pere avoit acheté le Chasteau pour un certain prix, duquel il auroit fait rente, comme ce ne seroit pas une veritable rente fonciere, reservée *in ipsa alienatione fundi*, elle seroit à la charge de tous les enfans. Cela dépend donc des termes du contrat : car s'il est dit que le fief ou le Chasteau est alienè sous la reserve d'une rente de cinq cens livres, telle rente est veritable rente fonciere, & est à la charge de celuy qui possede le fief ou le Chasteau; mais s'il est dit que le Chasteau, ou le fief, est vendu la somme de dix mille livres, desquelles l'acheteur payera la rente de cinq cens livres par chacun an, telle rente est une veritable rente constituée, laquelle se paye par portions hereditaires, selon le même au même liv. chap. 5. nomb. 17.

86. Du legs de certains fruits ou revenus à prendre sur le fief. On peut encore demander si le pere ayant legué des fruits à prendre sur le fief, ce legs doit estre partagé par les coheritiers, selon leurs portions hereditaires, ou selon l'émolument que chacun d'eux peut avoir dans le même fief, & Maître Charles du Molin, sur l'article 11. de la Coutume de Paris, nomb. 11. distingue, si l'on a parlé du fief par démonstration seulement, ou par taxation, & dit qu'au premier cas les coheritiers doivent acquitter le legs pour les parts & portions qu'ils prennent dans la succession : au second, qu'ils le doivent acquitter au *prorata* de ce qu'ils profitent du fief. Et pour découvrir si la disposition est démonstrative ou taxative, il dit qu'il faut regarder s'il est parlé du fond assigné sur la fin de l'acte seulement, *in calce testamenti :* ou s'il en est parlé dans le dispositif; qu'au premier cas il n'y a qu'une simple démonstration & designation; au second, il y a taxation & limitation. C'est ce que dit cet Auteur sur cette question.

87. Marques des assignats limitatifs ou démonstratifs. On peut ajoûter à cela, qu'il faudroit examiner si le pere a legué une certaine quantité de blé; ou une somme de deniers à prendre sur les fruits & revenus du fief, ou sur ce qui seroit dû par le fermier du fief, ou s'il auroit legué la quantité de blé, ou la somme dûë par le fermier. Au premier cas, l'on présumera l'assignat démonstratif : au second, on le présumera taxatif & limitatif, selon la Loy 1. §. 7. *de dote praleg.* Et ainsi au premier, les heritiers contribueront pour leurs parts hereditaires : au second, ils contribueront pour l'émolument qu'ils auront dans le fief, sur lequel l'assignat aura esté fait.

En troisiéme lieu, il faut prendre garde, si le pere ne s'est point porté à faire le legs, par la qualité du fond, sur lequel il l'a assigné, qu'il sçavoit porter abondamment de cette espece de fruits, qu'il a leguez : car en ce cas, on conclura encore pour la limitation.

En quatriéme lieu, il faut observer, si la chose leguée est un corps, ou une quantité : car quand le pere legue un corps certain, à prendre sur un tel fond, on présume qu'il y a limitation; mais si c'est une quantité de blé, l'on présume plutôt pour la simple démonstration : & c'est le cas de la Loy *Lucius Titius 12. ff. de alim. & cib. leg.* qui porte qu'un legs fait à des affranchis pour leurs nourritures, à prendre sur les revenus de certains heritages, n'est point limité. C'est aussi la disposition de la Loy 96. *de legat. & fideic. 1.*

En cinquiéme lieu, il faut examiner, si le legs est considerable eu égard aux biens du testateur : car on conclut plutôt pour la limitation, quand la disposition est forte, comme il se voit par un Arrest rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, des donations, part. 3. nomb. 338.

Enfin le legs est quelquefois limitatif, & démonstratif tout ensemble; comme au cas de la Loy *Legatum 10. ff. de ann. legat.* & dans l'espece d'un legs conçû en ces termes : *Vini Falerni, quod domi nasceretur, quotannis, in annos singulos, binos culeos, heres meus, Attio dato.* Car la Loy décide, que s'il y a une année sterile, il faudra suppléer de l'année précedente; & elle décide par là, que l'assignat n'est que démonstratif, en ce que la disposition porte, *nasceretur quotannis;* mais qu'il est limitatif, en ce qu'elle porte *quod domi nasceretur :* car s'il n'y a point de vin de l'année précedente, on n'est pas obligé de suppléer. Voilà les principes de la matiere des assignats limitatifs. Que si l'on desire en voir davantage, il faut avoir recours à cette fameuse Loy *Lucius Titius ff. de alim. & cib. leg.* à la Loy 96. *de legat. 1.* à la Loy 1. §. 7. *ff. de dote praleg.* à la Loy *Cum certus 5. ff. de trit. vino.* Il faut aussi voir Maistre Charles Loyseau, du déguerpissement, liv. 1. chap. 8. & Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. chap. 3. sect. 3. dist. 4. des donat. & Monsieur Maynard, liv. 7. chap. 9.

Il faut donc dire, que dans tous les cas, où l'assignat du legs des fruits, est limitatif sur le fief, chacun doit contribuer à proportion de la part qu'il a dans le fief : parceque le legs n'affecte que le fief, & que c'est la dette du fief, & non de la succession. C'est pourquoy on ne considere pas même en cela, si l'aîné obtient la plus grande part qu'il a dans les fiefs, à titre de prelegs, ou par droit hereditaire. Il suffit qu'il ait une plus grande part, pour porter une plus grande part de la disposition. Ce qu'il faut entendre neanmoins d'une disposition faite avec assignat, au profit d'un étranger, & qui ne blesse pas la legitime feodale, que l'aîné a droit de poursuivre contre luy, suivant ce qui a esté établi ci-dessus; & non d'une disposition faite avec assignat au profit du puîné, ce qui seroit une translation indirecte du droit d'aînesse.

Il reste d'examiner en quoy consiste ce que l'on appelle la plus grande portion de l'aîné au residu des fiefs, qui fait la seconde partie de son droit d'aînesse; mais auparavant il est bon d'observer, tant à l'égard du principal manoir, que de cette plus grande portion au residu, que tous les fiefs du Royaume ne se partagent pas noblement, & avec droit d'aînesse; mais qu'il y a plusieurs Coutumes où le partage noble ne se fait que dans la succession des Nobles. Telle est la Coutume de Troyes, qui declarant, en l'article 16. les roturiers incapables de posseder des fiefs, en l'article 14. n'établit le partage noble, que sous deux conditions, que la terre soit tenuë noblement, & que le partage soit à faire entre les enfans des Nobles. Il y en a d'autres qui établissant un partage égal du fief entre roturiers, apportent cette exception, que si le fief est tenu à foy & hommage d'ancienneté, & est tombé en tierce foy, c'est à dire, comme l'explique Maistre Charles du Molin, sur l'article 273. de la Coutume du Maine, que le pere en ait rendu la foy & hommage, ou qu'il en ait eu souffrance, & ensuite le fils, alors dans la succession de ce fils, second possesseur, l'aîné, dont l'hommage sera reputé le troisiéme hommage, aura sur ce fief la plus grande portion au residu, c'est à dire, les deux tiers, & les cadets un tiers seulement en bienfait & usufruit; mais il n'aura pas de préciput & principal manoir : & — 88. Des Coutumes où il n'y a que les Nobles qui partagent les fiefs noblement.

c'est la disposition de cet article 273. & du 296. de la même Coutume du Maine, & de l'article 255. de la Coutume d'Anjou. Il y en a d'autres, comme la Coutume de Tours, art. 298. 299. & 300. qui donnent, non seulement entre roturiers, les deux tiers de l'heritage hommagé, & tenu en tierce foy; mais encore un principal manoir: d'autres veulent que le fief ait esté possedé par quatre murations: ensorte qu'il ne se partage noblement entre roturiers, que dans la succession du petit-fils, l'hommage du pere passant pour le premier: celuy du fils ou autre parent second possesseur, pour le second: celuy du petit-fils, pour le troisiéme: & dans la succession de celuy-cy, l'aîné, dont l'hommage est le quatriéme, a le tiers du fief comme en succession de Nobles. Telle est la Coutume de Poitou, en l'article 280. où la quatriéme mutation est ainsi expliquée. Mais selon la Coutume de Paris, & l'on peut dire, selon le Droit commun de la France, l'heritage noble se partage noblement en toute succession, soit de nobles, soit de roturiers: &

89. Comment le mot de *fief* où *heritage noble* s'entend en la Coutume de Paris.

même le mot d'*heritage noble*, ne se prend pas en cet endroit dans sa propre signification: car les arriere-fiefs, qui n'ont qu'une censive, & dont il ne releve que des censitaires, ne sont point, à proprement parler, des heritages nobles: & neanmoins ils se partagent noblement, aussi bien que les fiefs Royaux, & les grandes Seigneuries, dont les possesseurs s'appellent dans les livres des fiefs, *Regis Capitanei:* ou ceux qui dépendent de ceux-cy, & y composent le second ordre, & s'appellent *Dignitez*, ayant Justice haute, moyenne & basse, & dont les possesseurs sont designez dans les mêmes livres, sous le titre de *Valvasores majores:* tels furent autrefois nos Barons, & tels sont aujourd'huy les Seigneurs Hauts-Justiciers, ou ceux qui composent le troisiéme ordre, qui dépendent des Barons & Châtelains, & ont moyenne & basse-Justice. Car ce troisiéme ordre composé d'arriere-vassaux sans jurisdiction, appellez dans les livres des fiefs, *Valvasores minores*, & qui n'ont sous eux que des censitaires, ne laissent pas d'avoir une Loy commune, quant au partage & droit d'aînesse, avec les trois ordres superieurs, à l'exception de ce qui a esté dit cy-dessus, que l'on affecte plus de conserver, quand il se peut, les grands fiefs dans leur integrité.

90. Comment on compte la tierce foy au Maine & en Anjou.

Pour revenir aux partages nobles, quand nous avons dit, que dans les Coutumes du Maine & d'Anjou, la Terre hommagée & tombée en tierce foy, se partage noblement entre roturiers, nous n'avons pas entendu que tout hommage dût estre compté: car les hommages du mari & de la femme, quoique faits separément, comme si la veuve rend hommage d'un conquest, ne sont point comptez pour divers hommages, ce qui est décidé par l'article 275. de la Coutume du Maine, & par le 280. de celle d'Anjou. De même, plusieurs hommages rendus par un même vassal à divers Seigneurs, ne sont comptez que pour un seul hommage, selon les mêmes articles. Enfin, l'hommage du petit-fils qui vient par representation, ne passe point pour un double hommage, le Maine 274. Anjou 256.

91. Comment en ces Coutumes se doit partager la succession d'un noble échûë à des roturiers, & celle d'un roturier échûë à des nobles.

Si dans ces Coutumes la succession d'un homme noble, échet à des heritiers collateraux, qui soient roturiers, elle se partagera la premiere fois noblement, & dans la suite roturierement: & *vice versa*, si la succession d'un homme roturier échet à des heritiers collateraux, qui soient nobles, elle se partagera la premiere fois roturierement; & ensuite noblement: & c'est la disposition de la Coutume du Maine, art. 272. & de celle d'Anjou, article 254. qui considerent en cela la personne decedée.

92. De la succession de la femme noble d'un mari roturier.

Pour ce qui est de la femme noble d'un mari roturier, sa succession se partagera diversement car ses propres heritages se partageront noblement entre ses enfans; mais pour ses conquests, ils ne se partageront noblement que la premiere fois: & aprés cela coutumierement, le Maine, 270. Anjou 252.

93. *Quid* de celle de la femme roturiere du mari noble.

Et pour ce qui est de la succession de la femme roturiere du mari noble, elle se partagera la premiere fois coutumierement entre ses enfans, & aprés noblement, le Maine 271. Anjou 253.

La Thaumassiere en ses décisions livre 4. chap. 46. estime, que si une femme roturiere s'est mariée une premiere fois à un roturier, dont elle ait eu des enfans mâles, & une seconde fois à un Gentilhomme, dont elle ait eu aussi des mâles, l'aîné de ce second lit ne pourra pas prétendre de droit d'aînesse en la succession de sa mere, qui a esté annoblie par ce second mariage, parcequ'il n'est pas l'aîné de tous les mâles, quoiqu'il soit l'aîné des nobles.

94. Noblesse de race.

Il a esté parlé jusqu'icy de la Noblesse de race, & il resulte de ce qui vient d'estre dit de ces Coutumes, 1. Que pour le partage noble ou roturier, l'on considere principalement la qualité de celuy *de cujus bonis agitur*. 2. Que la noblesse se tire du pere, & non de la mere, comme chez les Lyciens, au rapport d'Herodote, liv. 1. Cette noblesse de race est extremement considerée chez toutes les Nations, tous les Panegyriques en font foy, & un moderne a observé que la naissance est la premiere loüange que l'on donne à ses amis, & le premier reproche que l'on fait à ses ennemis: ce qu'il verifie par l'Eneïde, où lorsque Didon se passionne pour Enée, elle dit:

Credo quidem, nec vana fides, genus esse deorum.

& quand il a rompu avec elle, elle dit:

Nec tibi diva parens, &c.

Aussi est il juste que l'on considere dans un particulier le merite de ses ancestres, & que les grandes vertus, comme les astres nous éclairent encore quelque temps, aprés qu'elles ne sont plus sur nostre horison. D'où vient le mot de Pindare en ses Olymp. od. 4. *χρονιώτατον φάος εὐρυσθενέων ἀρετᾶν:* ce que le traducteur a ainsi rendu, *diuturnissimum lumen prapotentium virtutum.*

☞ Il n'y a point de Coutume qui accorde plus à la noblesse de race, que celle de Bretagne, qui conserve encore aujourd'huy, art. 542. l'Assise du Comte Geffroy de l'an 1185. qui porte que les Baronnies & Fiefs des Barons & Chevaliers appartiendront entierement à l'aîné, qui est seulement obligé de donner quelque chose d'honnête à ses puînez. Cette Assise ayant esté signée & jurée par les Barons & Chevaliers de ce temps; elle sert encore aujourd'huy de regle à leur posterité, aux termes de la Coutume, qui toutes les fois qu'elle a esté reformée, en ordonnant le partage de la succession des simples Nobles par tiers & par deux tiers, a excepté les successions des Comtes & Barons, à qui elle a permis de se gouverner en leurs partages, comme ils ont fait par le passé. Monsieur d'Argentré a fort étendu l'Histoire Chronologique de ce partage des Barons, qui ont juré l'Assise du Comte Geffroy; mais il a trouvé un Censeur exact en la person-

ne de Maistre Pierre Hevin, sur quelques faits de cette Histoire particuliere : Belordeau déclame fort contre cette Assise, & dit que le partage des Nobles qui va aux deux tiers, estoit assez avantageux, sans qu'on dût autoriser cette Assise.]

95. De la succession des annoblis. La succession des annoblis par Lettres speciales d'annoblissement, regulierement se partage noblement : si ce n'est à Tours, où la Coutume, articles 315. & 316. distingue entre les enfans nez devant l'annoblissement, entre lesquels il n'y a point de partage noble ; & ceux nez depuis, qui partagent noblement ; & les heritiers collateraux des annoblis, entre lesquels la succession se partage roturierement pour les choses roturieres, & noblement pour les choses nobles : si ce n'est que ces collateraux fussent nobles, auquel cas ils partageroient noblement.

A l'égard des annoblis par le titre de leurs charges, la teneur du titre, regle leurs privileges & leur succession. Il y a de ces annoblis dont les enfans partagent noblement, d'autres dont les enfans ne partagent pas ainsi; mais seulement les petits-fils, la charge ayant passé du pere au fils, suivant la Loy 1. C. *de dignitat.* L'on a aussi beaucoup d'égard à l'usage des lieux. Enfin, j'estime que sans une disposition ou un usage contraire, la faculté de donner se regle dans ces Coutumes comme la succession, & que l'annobli, comme le noble, peut donner ses meubles à son heritier présomptif, quoique cela ne soit pas permis aux roturiers.

96. Diverses dispositions de Coutumes sur la plus grãde portion de l'aîné. Ces distinctions présupposées, l'on peut dire qu'il n'y a rien, qui soit reglé plus diversement dans les Coutumes du Royaume, que la plus grande portion de l'aîné au residu des fiefs. La Coutume de Paris donne les deux tiers, s'il n'y a que deux enfans : & la moitié, s'il y en a trois, ou plus. Et l'on compte les donataires & les doüairiers au nombre des enfans : comme aussi l'on comprend dans le fief, non seulement les Terres dont il est composé; mais encore les droits de fief, de censive, de justice & de bannalité : ensemble les rentes & charges foncieres actives, qui y sont annexées. Enfin, il faut observer, que non seulement le fief se partage ainsi ; mais encore le franc-aleu noble, c'est à dire, celuy qui a sous luy une Justice, ou des vassaux, ou des censitaires.

Les Coutumes du Maine & d'Anjou donnent les deux tiers à l'aîné en proprieté, & le tiers au puîné en usufruit seulement, & cela en toute sorte de biens, comme il paroît par l'article 222. de celle d'Anjou, & les 238. & 239. de celle du Maine. Celle d'Amiens, article 71. donne au fils aîné ou à la fille aînée, tous les heritages feodaux nobles, abregez ou restraints, c'est à dire, ceux dont le vassal a autrefois racheté du Seigneur l'hommage ou le service, moyennant quelque redevance ou rente infeodée, sauf le quint heredital des puînez. Celle de Peronne de même, article 169. celle de Ponthieu, article 1. donne à l'aîné toute la succession, sauf le quint des puînez. L'on n'auroit jamais fait de rapporter les divers avantages que les Coutumes font aux aînez ; & Maistre Charles du Molin les justifie sur l'article 139. de la Coutume du Maine, en disant, que si elles sont un peu rigoureuses aux puînez, elles sont utiles, en ce qu'elles maintiennent les familles en la personne des aînez, & les empêchent de déroger à noblesse.

97. De cõbien la renonciation du puîné augmente Que si un puîné vient à renoncer, c'est une question que de sçavoir, comment le droit de l'aîné en est augmenté : ce que l'on peut proposer en cette espece, où l'on suppose que dans la Coutume de Paris, un pere ait laissé trois enfans, & qu'un des deux puînez renonce à la succession : le droit d'aînesse à Paris. car l'on demande si la part du renonçant se partagera par moitié entre l'aîné & le puîné, qui reste heritier : ensorte que l'aîné qui avoit auparavant la moitié dans les fiefs, c'est à dire, six onces des douze, ait en tout sept onces & demie : ou si cette renonciation diminuant le nombre des enfans, & le reduisant à deux, l'aîné aura les deux tiers, c'est à dire, huit onces, ce qui sera traité au livre 3. chapitre des Renonciations, section 2. Nous dirons seulement par avance, que cette question ne doit pas faire beaucoup de difficulté aux termes des articles 15. & 16. de la nouvelle Coutume de Paris, qui ne comptent que les enfans venant à la succession, & non point les renonçans. Que si l'article 310. de la même Coutume dit, que le droit & la part de l'enfant qui renonce à la succession, accroît aux autres enfans, sans aucune prérogative d'aînesse, de la portion qui accroît, cela se peut entendre de la renonciation de l'aîné, qui ne donne point lieu au second fils de succeder au droit d'aînesse, par une disposition singuliere de cette Coutume ; mais cela ne signifie point, qu'un des puînez renonçant purement & simplement, & sa renonciation diminuant le nombre des enfans, la portion de l'aîné n'en augmente pas à proportion du nombre des enfans qui restent heritiers, puisque la chose est si clairement decidée par l'article 15. qui donne à l'aîné les deux tiers dans les fiefs, quand il n'y a que deux enfans venans à la succession. 98. Explication de l'article 310. de la Coutume de Paris.

Cela souffre exception, 1. A l'égard des renonciations, qui sont faites par celuy qui se tient à une donation précedente : parce qu'il doit faire nombre ayant eu sa part, ou la valeur de sa part. 2. A l'égard de celles pour lesquelles les coheritiers donnent un *certum quid.* 3. A l'égard des renonciations gratuites ; mais avec clause de cession de transport. 4. A l'égard même des simples renonciations en faveur, sans cession & transport, ce qui sera expliqué plus amplement au chapitre des renonciations.

Il faut dire un mot à present de la division du fief, qui se fait au sujet du partage entre enfans ou autres heritiers, & de la Justice inherente au fief, & qui en est separée. 99. De la division & du démembrement du fief à l'occasion du partage.

A l'égard de la division du fief, c'est une maxime constante, que le fief estant établi du consentement du Seigneur & du vassal, l'on ne peut toucher à son integrité, & l'on ne le peut diviser que du consentement de l'un & de l'autre : c'est à dire, que l'on ne peut diviser le fief en luy-même, & d'un en faire plusieurs, dont chacun subsiste de luy-même ; mais l'on peut bien à l'occasion d'un partage, assigner diverses parties dans le fief, dont chacune sera une partie integrante du même fief : & c'est la doctrine de Maistre Charles du Molin, sur le §. 2. de la Coutume de Paris, gl. 4. nomb. 30. & suivans : autrement l'on feroit un démembrement illicite. Que si l'on divise seulement le fief en plusieurs parties, le fief conservant son integrité, & chaque partie estant avoüée pour telle, & non pour un fief distinct & separé, l'on ne fait point de démembrement qui soit illicite : parceque cette division est necessaire, & qu'elle est même imposée par la Coutume, lorsqu'elle partage le fief entre l'aîné & les puînez. Aussi un des coheritiers peut obliger l'autre à faire un partage de cette nature, selon le même du Molin, sur l'article 3. de la même Coutume, nomb. 1. 2. & 3. En ce cas, la foy & hommage est dûë regulierement par chacun des coheritiers ; parce qu'elle est divisible,

100. Comment aprés le partage du fief les coheritiers rendent la foy & hommage.

rationem subjectæ materiæ : mais Maistre Charles du Molin, & Monsieur d'Argentré different en ce point, que Maistre Charles du Molin prétend, que le Seigneur est obligé de recevoir les coheritiers, quand ils se presentent separément pour rendre la foy & hommage, & de leur donner mainlevée, quoiqu'il avouë qu'ils doivent donner un dénombrement en commun, & c'est sur l'article 2. gl. 4. nomb. 32. Au lieu que Monsieur d'Argentré, sur l'article 329. de la Coutume de Bretagne, nomb. 5. soûtient qu'ils se doivent assembler pour rendre la foy & hommage. Mais il semble qu'aprés le temperamment que Maistre Charles du Molin a apporté à son opinion, l'on s'y peut attacher : c'est à dire, que le Seigneur peut, pour ne point diviser l'hommage, faire attendre le coheritier, qui se met en devoir, pendant un court délay, la venuë de ses coheritiers, toute saisie cessant du jour de ses offres. La plûpart des Coutumes préviennent cette difficulté, & permettent à celuy des coheritiers, qui a la plus grande part dans le fief, de rendre la foy & hommage pour tous les autres.

☞ Que si l'on considere de prés les suites de ce démembrement qui se fait à l'occasion du partage d'un fief échû par succession, l'on conclura que non seulement c'est un démembrement du domaine du fief, mais du fief même : car non seulement le domaine en est divisé ; mais le fief même en souffre quelque division : puisque non seulement chaque coheritier peut rendre la foy & hommage separément, au moins aprés avoir attendu pendant un bref délay la jonction des autres ; mais la saisie d'une portion où il arrive ouverture de fief, n'emporte point la saisie des autres portions où il n'y a point pareille ouverture de fief : le relief dû par une portion, fût-ce celle à laquelle le Château se trouve attaché, ne s'étend point sur les autres portions : Il en est de même des quints dûs par la vente d'une portion, qui ne tirent point à consequence pour les autres ; ensorte que tous ces effets du partage du fief, conduisent à dire qu'il se fait une espece de démembrement, non seulement du domaine ; mais du fief même : Cependant ce démembrement de fief n'est pas absolu ; & il ne consiste que dans ces effets particuliers qui viennent d'estre rapportez, car au surplus le dénombrement doit estre donné en commun par tous les coheritiers, suivant l'opinion de Maistre Charles du Molin & celle de Monsieur d'Argentré, la foy doit estre faite, ou par tous les coheritiers conjointement ; ou par chacun d'eux, pour telles portions d'un tel fief : en un mot, le Seigneur conserve autant qu'il se peut l'unité du fief qui est en sa mouvance.]

101. Du droit de parage.

Il y a d'autres Coutumes qui établissent un droit de parage, qui est tel, qu'un pere ou un frere garantit la foy & hommage à ses enfans, ou à ses freres & sœurs, pour une portion du fief qui leur a esté donnée, sans qu'il ait esté reservé sur cette portion aucun droit ni aucun hommage, ce qui continuë jusques au troisiéme ou quatriéme degré, selon les Coutumes, ainsi la Coutume de Normandie dit en l'article 128. *Les ainez font les hommages aux chefs Seigneurs pour eux & leurs puinez parageurs : & les puinez tiennent des ainez par parage sans hommage*, & en l'article 129. suivant, *en cette maniere les puinez & les descendans de luy, tiennent de l'ainé & de ses hoirs, jusques à ce que le parentage vienne au sixiéme degré inclusivement* ; ce que l'on explique suivant la supputation du Droit civil. Ce droit n'est pas tout à fait semblable dans la Coutume du Maine, articles 227. & 228. car le partage n'y est établi que pour les femmes, dautant que le bienfait des puînez n'est qu'un simple usufruit, & la proprieté reside en la personne de l'aîné, qui par consequent fait hommage pour luy-même. Anjou art. 233. Le 228. du Maine commence ainsi : *Quand Gentilhomme marie sa fille ou sa sœur.* D'ailleurs il ajoûte, *lequel parage durera tant qu'entre les successeurs du parageur* videlicet, *du pere, ou du frere, & les successeurs de la fille, ou sœur, que l'on appelle parageaux, le lignage soit si éloigné, que mariage se puisse trouver faire, & consommer, sans dispensation d'Eglise, c'est à sçavoir, hors le quart degré :* ce qui s'entend de la supputation Canonique : & par consequent des cousins remuez de germain en ligne collaterale égale. Mais il y a des Loix communes pour le parage, qui sont, qu'il n'a lieu qu'entre nobles : En second lieu, pour heritages nobles, Anjou 212. le Maine 227. En troisiéme lieu, que le parage fini, le parageau tient à l'avenir l'heritage en fief du parageur, selon les articles 126. & 127. de la Coutume de Tours, le 233. de celle du Maine, & le 218. de celle d'Anjou. En quatriéme lieu, que si durant le parage, le parageau vend à un étranger, l'acquereur tient l'heritage en fief du parageur, selon la Coutume de Blois, article 75. d'Angoumois, art. 27. & d'Anjou, art. 220. En cinquiéme lieu, le parageau a la même justice à proportion que le parageur, selon l'art. 215. de la Coutume d'Anjou. En sixiéme lieu, un premier parage n'en empéche pas un second, Anjou art. 214. & cela ne produit point de depié de fief, ni de démembrement illicite.

Il est constant que tous les droits du fief, c'est à dire, les droits Seigneuriaux sur les vassaux, & les droits de censives, aussi-bien que les rentes foncieres, qui sont dûës au fief, se partagent entre tous les enfans à proportion du fief, & n'appartiennent point à l'aîné en son particulier : parce qu'encore que l'on dise ordinairement, qu'un tel fief est mouvant d'un tel Château : neanmoins c'est par une simple désignation, puisque dans la verité la mouvance appartient au fief superieur, & non au Château du fief superieur ; mais il semble qu'il y ait plus de difficulté à l'égard de la Justice, laquelle, comme dit Maistre Charles du Molin, sur l'article 10. de la Coutume de Paris, nomb. 24. est activement dans le Château, comme dans le chef ; & passivement dans le reste du fief : Et neanmoins il faut dire encore à cet égard, qu'elle n'appartient pas à l'aîné, soit qu'elle soit tenuë en fief separément, comme il arrive souvent, soit conjointement avec le fief, auquel elle est unie, ayant esté infeodée avec luy, & depuis possedée de même, les Seigneurs suzerains en ayant toûjours esté reconnus par un seul & même aveu. Ce qui semble même préjugé par l'article 48. de la Coutume de Paris, qui dit, que le franc-aleu, auquel il y a Justice, se partage comme fief noble : d'où il suit, que la justice se partage de même, & que les puinez y ont part, à proportion de ce qu'ils ont dans le fief, ou le franc-aleu. D'ailleurs, quelque union qu'il y ait, comme dit du Molin, la Justice est toûjours quelque chose de separé d'avec le fief, ce qui tourne même en maxime : & la Justice n'est pas inherente à aucune partie du fief ; mais elle est jointe à tout le fief. D'où il suit qu'elle n'appartient pas à celuy à qui on ajuge le Château ; mais qu'elle se partage comme un fief, supposé encore qu'elle soit tenuë noblement : car, comme a remarqué la Lande, sur l'article 90. de la Coutume d'Orleans, il y a des Justices roturieres, & qui sont tenuës à cens & à rente : Or

102. De la Justice dépendante du fief.

celles-là se partageroient comme de simples rotures. Mais la Justice, soit noble, soit roturiere, est individuë, c'est à dire, que des copartageans ne se peuvent pas faire des Justices separées, elle doit estre exercée au nom commun de tous les proprietaires : & il ne doit y estre commis qu'un seul Officier pour l'exercer : ce que le Roy Charles IX. a bien consenti pour les Justices par luy possedées par indivis, avec ses sujets, par l'Ordonnance de l'an 1564. art. 25. rapportée par Bacquet, chap. 10. nomb. 2. Mais il seroit bien plus avantageux pour le bien de la Justice, que les coproprietaires s'accordassent d'un Juge perpetuel, que de permettre à chacun des interessez, de commettre son Juge alternativement, comme le remarque Monsieur Boyer en sa décis. 5. & Papon, liv. 5. de ses Arr. tit. 2. Arr. 17. car c'est une occasion pour les parties d'affecter des Juges, ou d'éluder l'execution d'un jugement rendu par l'un, quand on la poursuit sous l'autre. Cependant c'est la disposition de l'Ordonnance, qui vient d'estre citée, qui porte, qu'*à l'égard des Justices my-parties entre le Roy & ses Sujets, le Juge nommé par le Roy, & le Juge nommé par le Seigneur particulier, exerceront alternativement de trois ans en trois ans.*

103. Que toute Justice est individuë.

104. Du nom de la Terre.

Au reste, aprés le partage fait entre l'aîné & les puînez, l'aîné porte le nom de la Terre : & les puînez se peuvent dire seulement Seigneurs de la même Terre en partie, selon Maître Charles du Molin, sur l'art. 10. de la Coutume de Paris, nomb. 20. où il dit, que *secundo geniti possunt verè & propriè vocari domini feudi in parte :* & c'est le sujet d'un Arrest de reglement du 22. Juin 1641. rendu entre les nommez Antoine & André de Bernardin, & rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre F. de Monsieur Loüet, nomb. 31. Arr. 5.

105. De l'appanage & de sa définition.

Avant que de passer aux prérogatives des mâles, qui concernent principalement la succession collaterale, il faut dire un mot des appanages : quoique cette matiere soit specialement de la connoissance de ceux qui traitent du Domaine de la Couronne: Aussi il suffira icy d'en exposer quelques principes, pour ne pas negliger les successions les plus illustres, en expliquant les plus communes.

Le mot d'*appanage* porte son étymologie, & s'explique naturellement pour une provision d'alimens, à peu prés semblable à celle que les Romains appelloient *panes civiles*, dont il est fait mention en la Loy derniere *§. praeterea C. de jure dotium.* En effet, c'est ce qui se donne pour la subsistance des puînez des Rois : & c'est la plus commune signification, quoiqu'on appelle encore *appanage* ce qui est donné en assignat pour les deniers dotaux des filles de France, & ce qui est donné aux Reines pour leur doüaire : & cette provision se prend sur le Domaine de la Couronne, toûjours inalienable, si ce n'est en temps de guerre, & sous faculté perpetuelle de rachat, ou à titre d'appanage, & à la charge de reversion, au défaut d'hoirs mâles. C'est ainsi que s'en explique l'Ordonnance de Moulins du mois de Février 1566. art. 1. à laquelle l'Ordonnance de Blois est conforme. C'est une veritable substitution de mâle en mâle ; mais elle n'est point bornée à certains degrez, & elle peut aller à l'infini : l'appanage ne finissant, que comme un fief qui n'auroit esté précisément accordé, que pour le preneur & ses hoirs mâles. D'ailleurs l'appanage, à la difference du simple engagement, rend l'appanagé veritable proprietaire, & luy donne le titre de Duc, ou tel autre titre, qui est attaché au Domaine qui le compose. De même l'appanagé a tous les droits honorifiques, on luy rend la foy & hommage ; dont on porte seulement un double à la Chambre des Comptes, aussi-bien que des aveus & dénombremens qu'il reçoit, & cela pour la conservation des droits du Roy: il pourvoit aux Benefices, & le Roy ne reserve enfin sur une Terre donnée en appanage, que l'hommage & le droit de reversion.

Autrefois l'appanagé avoit ses Juges particuliers pour les cas ordinaires ; & le Roy les siens pour les cas Royaux: & cet usage dura jusques à Charles IX. lequel ayant conservé cette distinction des Juges Royaux, & des Juges appanagers par sa Déclaration de l'appanage d'Anjou de l'an 1566. art. 2. donna ensuite d'autres Lettres Patentes le 28. Juillet 1568. verifiées le 14. Aoust suivant, par lesquelles il est ordonné, que la Justice s'exercera à l'avenir, au nom du Roy & du Seigneur appanagé au Bailliage & Siége Présidial d'Angers, & que les Officiers seront nommez par l'appanagé, & pourvûs par le Roy: ce qui a toûjours esté observé depuis. Quoy qu'il en soit, les émolumens de la Justice, les amendes & les confiscations, appartiennent à l'appanagé, & la joüissance de ce qui est réüni par commise ; quoique le fief commis estant une fois réüni & consolidé avec le Domaine de l'appanage, retourne à la Couronne, lors de la reversion de l'appanage.

106. Des Juges & Officiers de l'appanage.

Aprés avoir expliqué ce que c'est que l'appanage, il faut expliquer comment on y succede. Et premierement les femmes en sont excluses : ce qui est même expliqué dans la Déclaration du Roy Charles IX. de l'an 1566. touchant l'appanage d'Anjou, art. 6.

107. Que les femmes ne succedent point à l'appanage

Secondement, le titre de l'appanage appartient toûjours à l'aîné, qui n'est point obligé de souffrir la division de l'appanage, pourvû qu'il fournisse quelque Terre aux puînez, pour leurs alimens.

108. Que l'appanage ne se divise point.

En troisiéme lieu, les collateraux même y peuvent succeder, pourvû qu'ils soient descendans du premier appanagé : parceque l'appanage se donne pour le premier appanagé, & ses hoirs mâles, ou descendans en ligne directe. Ainsi Titius estant le premier appanagé, & laissant pour enfans Mævius & Sempronius, si Mævius meurt sans enfans, l'appanage appartient à son frere Sempronius, comme descendu de Titius premier appanagé; mais si Titius premier appanagé estoit mort sans enfans, son frere n'auroit pas succedé à l'appanage, & c'est par là que l'on concilie plusieurs exemples qui semblent contraires, dont les uns justifient la succession collaterale de l'appanage, les autres la condamnent : & l'on en use à cet égard conformément au droit des fiefs, & à ce qui est dit, liv. 2. tit. 11. *his verò deficientibus, vocantur primo fratres, deinde agnati ulteriores : quod ita intelligendum est, si feudum sit paternum, hoc est, si fuit illius parentis qui ejus fuit agnationis communis.*

109. Que les collateraux y succedent, pourvû qu'ils descendent du premier appanagé.

En quatriéme lieu, la representation a lieu en fait d'appanage ; mais au profit des mâles seulement, & non du sexe feminin : Et cela en consequence de la subrogation, qui se fait naturellement de la personne du fils à celle du pere, principalement par rapport à la succession de l'ayeul, qui fait que, passé le premier degré, on partage toûjours par souches, suivant le §. dernier des Instit. *de heredit. quæ ab int. defer.* & conformément à l'opinion d'Accurse ; aussi Maistre René

110. En fait d'appanage la representation a lieu à l'infini.

Chopin, liv. 2. du dom. tit. 12. nomb. 5. & suivans, justifie par divers exemples cette representation, qui a lieu dans l'appanage.

III. Que l'appanage est réüni lorsque l'appanagé vient à la Couronne.

En cinquiéme lieu, lorsque le Prince appanagé vient à la Couronne, son frere puîné ne succede pas à son appanage, lequel au contraire est réüni & consolidé de plein droit à la Couronne. Ainsi par Lettres Patentes du mois de May 1576. le Roy Henry III. donna au Duc d'Alençon son frere les Duchez d'Anjou, de Touraine & de Berry, avec toutes les appartenances & dépendances, telles qu'il en joüissoit auparavant son avenement à la Couronne, ce qui avoit déja esté agité, au moins dans un cas à peu prés semblable, au sujet de l'appanage du Roy Loüis XII. pour sçavoir s'il estoit réüni de plein droit à la Couronne; ou s'il s'en estoit fait un accroissement au profit de François, Duc d'Angoulême son cousin, qui depuis a esté le Roy François premier. La plûpart des Docteurs de ce temps, ayant conclu pour la réünion. Et auparavant encore le Comté de Poitou avoit esté réüni à la Couronne, lorsque Philippes le Long, qui l'avoit en appanage, succeda au Royaume: aussi c'est l'avis de Maistre René Choppin, livre 2. du domaine, titre 13. nomb. 4. & suivans.

Enfin il est certain, que l'appanage retournant à la Couronne au défaut d'enfans mâles, cette reversion se fait sans aucunes charges ni hypoteques: parce qu'elle arrive en vertu d'une cause ancienne & inherente à la succession de l'appanage. Ce qui n'est pas même un droit particulier: car un fief qui seroit donné à la charge de reversion au défaut d'enfans mâles, cette condition arrivant, finiroit, & se réüniroit au fief dominant, sans aucunes charges. III. Que cette réünion se fait sans aucunes charges.

Il y a plusieurs questions concernant la succession des fiefs, qui sont au livre 3. chap. de la representation, sect. 4. où il est traité du droit de representation en matiere de fiefs.

SECTION II.

Des prérogatives des mâles.

SOMMAIRE.

1. *Comment on a dérogé peu à peu à la Loy Salique, & rappellé les femmes aux successions & aux fiefs.*
2. *Raisons pour lesquelles autrefois les femmes estoient excluses des fiefs.*
3. *De la diversité des Coutumes sur la préference des mâles.*
4. *Si l'infeodation estant faite au profit du preneur & de ses heritiers, tant mâles que femelles, le mâle exclut la femelle en collaterale.*
5. *Résolution pour l'affirmative.*
6. Quid *s'il est dit que les femmes succederont au fief avec les mâles.*
7. Quid *si l'infeodation est faite au profit d'une femme.*
8. *Si les femmes sont excluses en égal degré pour un fief conditionné, quand elles sont capables de la condition.*
9. *Si un frere peut ordonner par son testament, que ses fiefs seront partagez également entre ses freres & sœurs.*
10. *Si cette disposition peut avoir lieu par forme de legs.*
11. *Résolution pour l'affirmative.*
12. *Si dans les Coutumes où le double lien a lieu, la sœur germaine exclut le frere uterin dans les fiefs d'acquest.*
13. *Si le frere du défunt exclut sa niéce, fille d'un autre frere dans les fiefs: Renvoy.*
14. *De la concurrence d'une sœur avec un neveu fils d'un frere, dans les Coutumes qui n'en disent rien.*
15. *Arrest pour la Coutume de Vitry.*
16. *Si le neveu exclut sa tante pour les fiefs dans les Coutumes qui n'en ont aucun préjugé.*
19. *Que l'exclusion des femmes pour les fiefs est favorable.*
18. *Que le representant en collaterale succede à tous les droits du representé, pourvû qu'il ait les qualitez necessaires.*
19. *Difference entre la representation en ligne directe, & la representation en ligne collaterale, & quels en sont les effets.*
20. *Autoritez pour l'exclusion de la tante par le neveu.*
21. *Arrests qui autorisent cette opinion.*
22. *Preuve que le representant doit avoir necessairement les avantages du representé.*
23. *Réponse à l'objection, que de permettre l'exclusion au neveu, c'est accumuler deux privileges.*
24. *Si dans les Coutumes où la femme en plus proche degré exclut le mâle, elle l'exclut quand il vient par representation.*
25. *Si entre neveux qui viennent par representation & dans la subdivision, le mâle exclut la femelle.*
26. *Résolution pour l'affirmative.*
27. *Arrest pour l'affirmative.*
28. *De la recompense dûë aux niéces en cas que le lot de leur branche consiste tout en fiefs, y ayant d'autres biens de la succession.*
29. *De la concurrence des freres du défunt avec des neveux nez d'une sœur.*
30. *Que dans ce cas les freres excluent les neveux enfans d'une sœur.*
31. *De la concurrence d'une sœur, d'un neveu fils d'un frere, & d'un neveu fils d'une autre sœur.*
32. *De la concurrence d'une sœur du défunt, d'une niéce fille d'un frere, & d'une autre niéce fille d'une autre sœur.*
33. *De la concurrence des neveux, enfans d'un frere, & des neveux enfans d'une sœur.*
34. *A quel tems l'on a égard pour juger de la capacité en fait de successions.*
35. *De la concurrence des neveux fils d'un frere, & des niéces filles d'un autre frere.*
36. *De la concurrence des neveux enfans d'une sœur, & des niéces filles d'un frere.*
37. *Si dans les Coutumes qui admettent la representation à l'infini dans la collaterale, le mâle qui vient d'une femme, exclut la femelle qui vient d'une autre femme.*
38. *Si l'exclusion a lieu entre les mâles & les femelles de differentes lignes, pour les fiefs d'acquest.*

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour la negative.

1. Coment on a dérogé peu à peu à la Loy Salique, & rappellé les femmes aux successions & aux fiefs.

NOus avons remis de traiter des prérogatives des mâles, dans cette seconde section : parceque cette matiere concerne principalement la succession collaterale; au lieu que les prérogatives de l'aîné mâle, qui ont fait le sujet de la premiere section, se trouvent ordinairement dans la succession en ligne directe. Par la Loy Salique les femmes estoient excluses de l'une & de l'autre succession, & quelque temperamment que cette Loy ait reçû sous les Rois Clovis, Childebert, & Clotaire, il reste toûjours cette dure Sentence contre le sexe, *tit. de alode, ut de terra Salica nulla portio hereditatis ad mulierem perveniat:* mais l'on peut dire de cette Loy qui nous fut donnée vers le déclin de l'Empire, & dans le temps que les Saliens, qui estoient les plus nobles d'entre les François, quitterent l'Allemagne pour se venir établir dans les Gaules, ce que Tacite remarque du Rhin au second de ses Annales, que ce fleuve, qui est ordinairement tres-rapide, & tres-violent, aussitôt qu'il regarde les Gaules, perd une partie de sa violence, & commence, en donnant à ses eaux un plus large espace, à couler avec plus de douceur & de majesté, *ad Gallicam ripam latior & placidior affluens.* Car cette Loy a perdu chez nous toute sa rigueur, & si le texte s'en est conservé, au moins l'on a fait grace au sexe, & l'on n'observe presque plus cette Ordonnance, que pour la succession de la Couronne: Ainsi cette haute prérogative du sexe masculin consiste aujourd'huy dans la personne sacrée de nos Rois: & c'est par là que la Loy Salique regne encore parmi nous: parceque la generosité naturelle de nostre nation, ne pouvoit pas souffrir l'empire des femmes, ni que l'on publiât d'elles, ce que Tacite dit de certains peuples de la Germanie, qui obéïssoient aux femmes, qu'ils dégeneroient non seulement de la liberté, mais de la servitude même. *In tantum non modo à libertate; sed etiam à servitute degenerant.* Au surplus, l'humanité même semble avoir rappellé le sexe feminin aux autres successions: car voicy comme un pere, qui disposoit de ses biens entre ses enfans, s'en expliquoit dans les premiers temps, où la Loy estoit encore dans sa vigueur, selon le rapport de Marculphe. *Gaia dulcissima filia mea Lucius Titius S. diuturna, sed impia inter nos consuetudo tenetur, ut de terra Salica sorores cum fratribus portionem non haberent: Verum ego æquissimum esse judicans, ut qui mihi à Deo æqualiter dati sunt filii, æqualiter diligantur, meisque facultatibus post mortem meam æqualiter fruantur, per hanc epistolam, &c.* L'on a donc commencé par rappeller les femmes aux successions en general; mais en même temps on les excluoit des fiefs: & cela conformément à ce qui est écrit dans les usages des fiefs, liv. 4. tit. 59. où cette exception est marquée, si ce n'est qu'il eût esté convenu dans l'infeodation, que les femmes y pourroient succeder, ou que le fief eût d'abord esté érigé en faveur d'une femme, auquel cas les femmes y pouvoient succeder à l'avenir, & le fief s'appelloit pour cela, *Feudum fœmineum.*

2. Raisons pour lesquelles autrefois les femmes étoient excluses des fiefs.

Comme il est resté quelque chose parmi nous de cette ancienne destination des fiefs, qui les attachoit aux mâles, & que c'est le fondement de la préference des mâles aux femelles, quand ils se trouvent en égal degré dans la collaterale, il est bon d'en rapporter les raisons que l'on voit dans les Auteurs qui ont traité ces matieres, qui sont, que les fiefs ayant esté établis pour entretenir entre les plus puissans & les autres un commerce d'amitié & de bonne foy, de la protection, & des services reciproques, un certain attachement inviolable des uns aux autres, & une fidelité inébranlable, l'on a consideré premierement que les femmes, ne pouvant pas porter les armes, n'estoient pas capables de ces services, ausquels les vassaux s'engagent envers leurs Seigneurs. 2. Que la bienséance ne leur permet pas d'assister aux conseils & aux assemblées. 3. On a estimé qu'elles sont moins capables d'un solide conseil. 4. On s'est défié que le secret ne fût pas naturel chez le sexe: mais il y a eu tant d'exemples de femmes illustres, qui ont prévalu sur ces soupçons, que l'on a restitué le sexe, & on l'a estimé capable non seulement des successions; mais de posseder des fiefs, en laissant neanmoins quelque préference en faveur des mâles, comme un simple vestige de l'ancienne Jurisprudence. On a même jugé, qu'elles estoient capables des grands fiefs que l'on appelle *Fiefs Royaux*, lesquels ont une dignité annexée, & sont en la mouvance immediate du Roy: en consequence elles sont capables de succeder à une Pairie, comme jointe & unie au fief, & au Duché, selon Chopin, liv. 3. du Domaine, tit. 7. nomb. 5.

3. De la diversité des Coutumes sur la préference des mâles.

Les Coutumes neanmoins ne s'accordent gueres sur cette matiere: il y en a qui donnent non seulement un droit d'aînesse à l'aîné mâle; mais qui donnent une plus grande portion dans les fiefs aux puînez, que non pas aux filles. Ensorte qu'elles établissent deux préciputs en ligne directe, celuy de l'aîné & celuy du sexe. Ainsi la Coutume de Reims en l'art. 42. outre le préciput qu'elle donne à l'aîné, elle fait aux puînez mâles une double part dans les fiefs au préjudice des filles, tellement que chaque puîné a le double de ce qui est dû à une fille; mais la plûpart des Coutumes ne vont pas si loin, & se contentent de cette préference des mâles en

ligne collaterale, & il y en a même qui ne l'ont pas admise, comme la Coutume d'Auxerre, qui décide en l'art. 59. qu'en ligne collaterale les mâles & les femelles estant en pareil degré, succedent au fief par égales portions. D'autres ont voulu recompenser le sexe de cette preference, en établissant le même droit d'aînesse entre filles, qu'entre mâles, telle est la Coutume du Maine en l'art. 243. il s'agit principalement icy de cette préference des mâles pour les fiefs en ligne collaterale, telle qu'elle se voit établie par l'art. 25. de la Coutume de Paris.

4. Si l'infeodation étant faite au profit du preneur & de ses heritiers, tant mâles que femelles, le mâle exclut la femelle en collaterale.

Pour traiter cette matiere avec ordre, il faut examiner les divers cas de la succession des fiefs en collaterale, dont le premier est, qu'un frere & une sœur germains se presentent pour succeder à leur frere, & quoique cette espece paroisse la plus simple de toutes, elle ne laisse pas d'estre susceptible de plusieurs difficultez, dont la premiere est de sçavoir, si supposé qu'il fût dit, dans le titre d'infeodation, qu'elle seroit faite pour les heritiers du preneur, tant mâles que femelles, en ce cas les uns & les autres ne viendroient pas concurremment, se trouvant en pareil degré de la collaterale, & si les sœurs ne partageroient pas également le fief avec les freres, dans la succession du frere prédecedé. Et la raison de douter est, que le titre de concession estant conçû en ces termes, les mâles & les femelles semblent également appellez, par une espece de dérogation à la Coutume, qui est permise aux parties contractantes: parceque l'on impose telle Loy que l'on veut dans l'alienation du fond: & c'est pour cela, que nous avons dit dans la section précedente, que le titre d'infeodation pouvoit attacher tout le fief à l'aîné, contre la disposition de la Coutume, sauf la legitime des puînez: Or cette Loy est d'autant plus favorable, qu'elle produit l'égalité entre des personnes que la nature a égalées, & qui touchent au défunt en pareil degré.

5. Resolution pour l'affirmative.

Il faut conclure neanmoins, qu'en ce cas le frere exclura la sœur à l'égard du fief: parceque cette stipulation se doit entendre, *secundum communem utendi modum*, *L. liberorum §. quod tamen Cassius ff. de legat. 3. L. anniculus in fine ff. de verb. signif.* & de telle maniere que les femmes ne sont appellées qu'en directe: ou en collaterale, quand elles sont en degré plus proche que les mâles; mais non au cas qu'elles concourent avec eux en pareil degré de la collaterale. En effet, de pareilles clauses dans des titres d'infeodation ou d'emphyteose, s'entendent toûjours conformément à la maniere ordinaire de succeder. C'est pourquoy si un pere, en mariant sa fille, donne à elle & aux enfans qui naîtront du mariage, les enfans de ce lit n'excluent point les enfans que la fille peut avoir d'un second mariage: ce qui a esté jugé par un Arrest du Parlement de Toulouse rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 3. chap. 49. Et il y a une décision semblable dans le liv. 1. des fiefs, tit. 2. §. *Quin etiam*, où il est dit, que si le titre de concession est tant pour le preneur, que pour ses heritiers de l'un & l'autre sexe, les femmes ne laisseront pas d'estre excluses tant qu'il y aura des heritiers mâles. *Quin etiam si quis eo tenore feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, relicto masculo, ulterius fœmina non admittuntur.* Mais dans le liv. 4. tit. 104. *vers. item si quis*, il est dit, que si l'infeodation porte, que les femmes succederont au fief comme les hommes: *Ut in eo succedant fœminæ, sicut masculi*, en ce cas, les deux sexes succedent également. Ce que j'estimerois devoir estre suivi parmi nous: ensorte, que s'il estoit dit dans un titre d'infeodation, que *les femelles succederoient au fief*, *comme les mâles*, ou qu'*elles y succederoient de la même maniere que les mâles*, ou *également avec les mâles*, il y auroit lieu de soûtenir que cette clause de l'infeodation, emporteroit une dérogation à la Coutume, & feroit succeder au fief la sœur avec le frere: Autre chose seroit de la ligne directe, & du droit d'aînesse, auquel je n'estimerois pas qu'on eût dérogé par une clause de cette nature, laquelle n'allant qu'à égaler les deux sexes, combat principalement cette préference dans les fiefs en ligne collaterale, qui est la prérogative des mâles; au lieu que le droit d'aînesse est la prérogative des aînez.

6. Quid s'il est dit que les femelles succederont au fief avec les mâles.

Il faudroit dire la même chose si le titre d'infeodation portoit, que *les femelles succederoient au fief avec les mâles.* Car l'on appelle également ceux que l'on conjoint par cette particule, ce qui est décidé par la Loy *Si quis inquilinos 112. de legat. 1. §. 2.* où il est dit, *si ita legatum fuerit. Titio cum Seio de lego utriusque legatum est:* ce qui a lieu, lorsque cette clause fait partie de la disposition même; & non pas de l'énonciation seulement. Aussi Bartole sur la Loy, *Si cujus fundum ff. de fund. inst.* dit, qu'il n'y a aucune difference, quant à l'effet, entre la conjonctive *&*, & la conjonctive *avec*: si ce n'est que celle-ci conjoint comme accessoire, & non pas principalement ce qui naturellement est accessoire, au lieu que l'autre conjoint toûjours principalement: ce que ce Docteur reïtere sur la Loy *hæc verba n. 6. de legat. 1.* Or il est évident que les femmes seroient appellées dans une clause de cette sorte principalement, & non pas accessoirement.

7. Quid si l'infeodation est faite au profit d'une femme.

En second lieu, on peut demander si l'infeodation ayant esté faite au profit d'une femme, cela fait une destination du fief, & si cela donne lieu aux femmes de succeder en pareil degré avec les mâles? Et il faut répondre que non: car dans les livres mêmes des fiefs, d'où nous vient le nom de *fief feminin*, qui estoit selon la propre signification du nom, celuy dont la premiere concession estoit faite au profit d'une femme, les femmes ne succedoient à cette espece de fief, qu'au défaut des hommes. Et nous n'avons point besoin dans nostre Droit, d'examiner si la premiere concession est faite au profit d'une femme, pour sçavoir si les femmes y peuvent succeder: puisqu'il a esté dit cy-dessus, que les femmes sont capables aujourd'huy de posseder toute sorte de fiefs. Ainsi nous ne distinguons point le fief feminin d'avec le fief masculin.

8. Si les femmes sont excluses en égal degré pour un fief conditionné, quand elles sont capables de la condition.

L'on demande en troisiéme lieu, si les femmes ne succedent point concurremment avec les hommes en ligne collaterale au fief conditionné, & dont la condition est telle, qu'une femme la peut aisément accomplir. Supposé, par exemple, que dans le titre d'infeodation on ait stipulé, pour toute condition, que le vassal fourniroit trois Cavaliers en temps de guerre: car il y a eu des Docteurs qui ont soûtenu, que dans le droit des Lombards, où les femmes estoient excluses regulierement de succeder aux fiefs, elles ne laissoient pas de succeder à un fief ainsi conditionné, même en concurrence avec les hommes: d'autres ont souhaité, outre cette condition, qu'elles fussent précisément appellées par l'infeodation, au moins sous ces termes, *pour luy & ses heritiers mâles ou femelles:* auquel cas ils ont admis cette concurrence des femmes avec les hommes: & d'autres enfin ont estimé que les femmes

femmes ne succedoient point au fief conditionné, quoiqu'elles fussent capables d'accomplir la condition, & quoiqu'elles fussent appellées, outre cela, par la clause qui vient d'estre rapportée, si ce n'estoit au défaut des mâles. Et c'est le sentiment d'Alexandre, liv. 5. conf. 9. nomb. 9. & de Decius en son conf. 139. Ce qui peut passer pour le plus juste parti, à moins que la clause, qui appelle les femmes, ne soit entiere, & qu'elles y soient appellées *concurremment ou également avec les hommes*, ou *comme les hommes*. Sans cela la disposition qu'elles ont pour l'accomplissement de la condition, ne les rend point capables de succeder au fief: parce que, disent les Docteurs, quand on change une des conditions naturelles du fief, les autres ne laissent pas de subsister : ainsi lorsqu'au lieu des services indéfinis, l'on en demande de certains & de déterminez, il ne s'ensuit pas que l'on déroge aux autres conditions naturelles du fief, & à celle-cy principalement, qu'il est destiné pour l'homme, & non pour la femme. Car, comme dit Eguinarius Baro, liv. 2. *de acquir. beneficiis*, *cap. 14.* il est contre la nature des fiefs, que les femmes y succedent : & quoiqu'elles y soient appellées par le titre d'infeodation conjointement avec les hommes, & que le fief soit constitué pour le preneur & ses heritiers mâles & femelles; neanmoins les femmes ne sont appellées, par cette clause, qu'au défaut des hommes. *Contra beneficiorum naturam & consuetudinem successio est fœminarum, ut taceam si quando succedant fœmina, id demum deficientibus maribus contingere, licet conjunctim actum sit, ut heredes mares & fœmina ad successionem admittantur.*

Il faut pourtant estre averti que dans le liv. 4. des fiefs, il y a une décision précisément opposée à ce qui vient d'estre dit, c'est au tit. 104. où la femme est appellée au fief conditionné, quand elle est capable de la condition; mais ces titres du liv. 4. que l'on appelle vulgairement *chapitres extraordinaires*, ne sont point reputez faire partie des liv. des fiefs. L'Auteur en est incertain, & l'on ne sçait s'ils sont d'une même main ou de plusieurs. Aussi on ne les suit qu'en tant qu'ils sont conformes aux décisions des trois autres livres : & cecy y repugne & à l'opinion commune des Docteurs : Or j'estime que l'on doit suivre cette décision dans nos Coutumes, & qu'encore que le fief soit conditionné, & que les femmes soient capables d'executer la condition de l'infeodation, encore même qu'elles y soient appellées par cette clause, qui porte, que *l'infeodation est faite pour le preneur, & ses heritiers mâles ou femelles*; neanmoins l'exclusion des femmes par les hommes en pareil degré de la ligne collaterale, aura toûjours lieu, à moins que par le titre les femmes ne soient appellées concurremment ou également; mais la capacité d'accomplir la condition est encore moins considerable parmi nous, pour ôter cette préference, que chez les Lombards : parce que ce n'est point chez nous manque de capacité que les femmes sont postposées aux hommes dans les fiefs en ligne collaterale : & elles sont tout autant capables des fiefs simples que des fiefs conditionnez; mais cela est ainsi établi en faveur du sexe masculin, & à l'effet de conserver, en un cas particulier, des vestiges de l'ancienne destination des fiefs.

9 Si un frere peut ordonner par son testament, que ses fiefs seront partagez également entre ses freres & sœurs.

La quatriéme question sur ce sujet est de sçavoir, si l'on peut ordonner qu'entre ses heritiers collateraux, par exemple, entre ses freres & sœurs les fiefs seront partagez également : Et il est déja constant, que cela se pourroit stipuler dans un titre d'infeodation : mais l'on demande si un frere peut ordonner cela par son testament?

Raisons pour l'affirmative.

Car d'un côté, il est indubitable que le rappel d'une sœur est non seulement valable, mais qu'il donne lieu à la sœur de venir à titre de succession, & non à titre de legs, ce qui a lieu à l'égard des neveux dans les Coutumes où il n'y a point de representation, ou dans lesquelles elle n'a lieu qu'en ligne directe, & non en ligne collaterale : car tant que le rappel se fait *intra terminos juris*, il fait venir *ab intestat* : ce qui s'observe pareillement à l'égard du rappel des filles qui ont renoncé. Que si le rappel d'un neveu est valable dans les Coutumes où ses oncles, freres du défunt, l'auroient exclus, pourquoy le rappel d'une sœur pour une espece de biens, dont elle est excluse par la Coutume, ne sera-t-il pas valable : d'autant plus qu'il ne tend qu'à rétablir l'égalité entre des personnes que la nature a égalées; c'est-à-dire, entre freres & sœurs.

Enfin, il semble que l'on peut appuyer ce parti en répondant à une objection, qui peut estre faite sur le fondement des Arrests qui ont esté rapportez dans la section précedente, & qui ont jugé, qu'un pere ne pouvoit pas ordonner par son testament, qu'il seroit fait entre ses enfans un partage égal de ses fiefs, & en établissant une difference essentielle entre le partage égal ordonné au préjudice du droit d'aînesse, & le partage égal ordonné au préjudice de la préference des mâles aux femelles en matiere de fiefs, & dans la succession collaterale. Car en premier lieu, le droit d'aînesse a un fondement plus ancien, que la préference des mâles en collaterale à l'égard des fiefs : comme il resulte de ce qui a esté dit dans la section précedente, & estant certain que le droit d'aînesse avoit lieu avant qu'il y eût des fiefs.

En second lieu, la Loy doit avoir usé d'une plus grande précaution, où il y avoit plus sujet de craindre : & comme il n'y a rien de plus naturel, que de rétablir l'égalité entre ses enfans; il ne se faut pas étonner si la Loy politique a pris ses précautions, pour empêcher qu'un pere ne frustrât son aîné de son droit d'aînesse, & si le partage égal des fiefs ordonné par le testament d'un pere, est une disposition absolument nulle, selon les Arrests; mais comme l'on n'a pas naturellement la même pente à laisser l'égalité entre ses freres & sœurs, jusques à present une pareille disposition n'a point esté reprouvée dans la collaterale.

Raisons pour la negative.

D'autre côté l'on peut dire, que d'ordonner ainsi un partage égal de ses fiefs, c'est vouloir que les Loix n'ayent point lieu dans sa succession; ce qui n'est pas permis, comme on peut induire par argument de la Loy *Si quando 35. C. de inoffic. testam.* où il est dit, *neque enim credendum est Romanum Principem, qui jura tuetur, totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatam atque inventam, velle everti.* En effet, les Loix coûtent trop à former pour permettre aisément aux particuliers d'y déroger : c'est pourquoy on ne permet pas à un testateur d'ordonner, que les Loix n'ayent point lieu dans

son testament, suivant la Loy vulgaire, *Nemo potest de legat. 1.* & la Loy *Testandi C. de testamentis.*

D'ailleurs, si les Arrests rapportez sous la section précedente, ont jugé qu'un pere ne pouvoit pas ordonner un partage égal au préjudice de son fils aîné : pourquoy un frere l'ordonnera-t-il au préjudice de ses freres ? Puisque la préference des mâles dans les fiefs a son fondement dans la nature des fiefs, qui sont destinez aux hommes par un privilege special de ce genre de biens ?

Enfin, la chose a esté jugée en bien plus forts termes : car quoique la Coutume d'Orleans, en l'article 91. permette au pere qui possede un fief dans lequel il n'y a ni Justice ni vassaux, d'en ordonner un partage égal entre ses enfans : neanmoins par Arrest du 25. Février 1608: rendu pour cette même Coutume, il a esté jugé qu'un oncle ne pouvoit pas ordonner la même chose entre ses neveux & ses niéces, lequel Arrest se trouve dans les décisions de Monsieur le Bret, livre 3. chapitre 2. & est rapporté par la Lande sur cet art. 91. de la Coutume d'Orleans.

Et pour répondre à ce qui a esté dit, que le rappel a esté favorablement reçû, ou pour reparer la lesion que des enfans souffrent par leur renonciation, ou pour corriger la dureté de la Loy qui n'admet aucune representation, & qu'ainsi il peut bien avoir lieu pour faire succeder une sœur à un genre de biens, dont elle se trouve excluse par la Loy au préjudice de l'égalité, il faut dire que le rappel qui repare une exclusion generale de la succession, est plus favorable que celuy qui repare une exclusion particuliere d'un certain genre de biens, que la Loy a voulu appliquer aux uns plûtost qu'aux autres, par des motifs importans : & que de rappeller une sœur à la succession des fiefs au préjudice des freres, par lesquels la Loy a voulu qu'elle fût excluse, c'est comme si on rappelloit un heritier des meubles, sous prétexte de sa proximité, à la succession des propres, qui sont affectez à une autre ligne, ce qui ne vaudroit pas comme rappel de succession ; mais comme legs testamentaire seulement.

10. Si cette disposition peut avoir lieu par forme de legs.

Enfin, l'on peut demander si cette disposition, par laquelle un frere auroit ordonné que sa sœur partageroit ses fiefs également avec ses freres, ne pourroit pas valoir au moins à titre de legs, & jusqu'à concurrence de ce que le testateur a pû disposer : car il semble que la préference des mâles estant aussi favorable que le droit d'aînesse, & ayant son fondement dans la nature des fiefs, les mêmes actions qui servent pour conserver à l'aîné son droit, doivent estre accordées aux mâles pour se conserver l'effet de cette préference : & que par consequent, dans l'espece proposée, les freres auront l'action utile revocatoire, pour évincer la sœur, & rendre le testament inutile, le frere n'ayant pû disposer au préjudice de cette préference établie par la Coutume, comme quelques-uns ont crû, que dans les Coutumes qui établissent un droit d'aînesse en collaterale, comme celles d'Anjou & du Maine, l'aîné des collateraux a la même action revocatoire, contre ce qui est fait au préjudice de son droit d'aînesse, qu'auroit un fils aîné en pareil cas.

11. Resolution pour l'affirmative.

Nonobstant cela il faut dire, que cette disposition peut avoir lieu *per modum legati*, & jusqu'à concurrence de ce qu'il est permis de disposer par testament : parce qu'il y a une difference essentielle entre le droit d'aînesse, & la préference des mâles en collaterale, un testateur devant à son fils un droit d'aînesse ; mais ne devant rien à ses collateraux : & l'opinion qui va à donner l'action utile revocatoire à l'aîné des collateraux dans les Coutumes du Maine & d'Anjou, pour la revendication de son droit d'aînesse, ayant peu de sectateurs. Aussi l'Arrest du 25. Février 1608. cy-dessus rapporté, n'a jugé autre chose sinon, que des niéces, en conservant la qualité d'heritieres, ne pouvoient pas partager également les fiefs avec leurs freres, en vertu de la disposition de leur oncle ; mais non qu'en se tenant à sa disposition, & en l'acceptant par forme de legs, elles n'eussent pas pû avoir une part égale dans les mêmes fiefs : aussi c'est l'avis de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 16. de la Coutume de Paris, n. 16. Tout ce qui vient d'estre dit concerne le premier cas de la succession des fiefs en ligne collaterale.

12. Si dans les Coutumes où le double lien a lieu, la sœur germaine exclut le frere uterin dans les fiefs d'acquest.

Le second cas est de la disposition d'une sœur germaine, avec des freres consanguins ou uterins, dans les Coutumes où le double lien a lieu, pour sçavoir si un frere qui a acquis un fief venant à deceder, & laissant d'un côté une sœur germaine, & de l'autre un frere consanguin ou uterin, la sœur sera excluse de ce fief par le frere ; ou si, en consequence du double lien, elle ne l'exclura pas luy-même : ce qui se peut proposer pour la Coutume de Troyes. Et il faut conclure que la sœur exclut le frere, parce que le double lien ne doit pas estre moins consideré dans cette Coutume que la proximité du degré, attendu que la sœur, par exemple, n'est au second degré, que parce qu'elle vient d'un même pere, ou d'un même pere, & d'une même mere. Ainsi, comme dans les fiefs, la niéce l'emporte sur l'arriere-neveu, par la proximité du degré : Aussi la sœur germaine doit estre préferée au frere uterin par le double lien, qui vient en consideration avant toutes choses dans les meubles & acquests : puisque c'est le lien qui produit le degré : Aussi la question a esté jugée en faveur de la sœur germaine par Arrest du 3. Janvier 1550. rendu entre les Saints Mémins d'Orleans, rapporté par le Vest chap. 48. & par un autre rapporté sans datte par Pithou, sur l'article 15. de la Coutume de Troyes.

13. Si le frere du défunt exclut sa niéce, fille d'un autre frere dans les fiefs : renvoy.

Le troisiéme cas est lorsqu'un défunt a laissé un frere & une niéce d'un autre frere, auquel cas il s'agit de sçavoir, si le frere exclut la niéce, ou si elle vient avec luy à la succession des fiefs, ce qui estant décidé en faveur de la niéce par l'article 321. de la Coutume d'Orleans, & ayant esté jugé de même pour la Coutume de Paris par un Arrest du 21. Mars 1631. appellé l'Arrest des Beroust, & rendu aprés des Enquestes par turbes, & depuis par un Arrest du 13. May 1658. rendu en la Grand'Chambre, & par un autre de la quatriéme des Enquestes du 20. Decembre 1659. l'on a jugé à la fin le contraire par un du 23. Février 1663. rendu aprés plusieurs partages, lequel se nomme au Palais, l'Arrest de Saintor, & qui sera rapporté plus au long au liv. 3. chap. de Representation, Sect. 4.

14. De la concurrence d'une sœur avec un neveu fils d'un frere, dans les Coutumes qui n'en disent rien.

Le quatriéme cas est de la concurrence d'une sœur du défunt, avec un neveu fils d'un frere. Et l'on demande si le neveu venant par representation de son pere, lequel auroit exclus sa tante sœur du défunt, ne doit pas aussi l'exclure puisqu'il semble que le representant doit succeder à tous les droits & à toutes les prérogatives du representé : & qu'autrement on ne peut pas dire qu'il succede par representation. Aussi cela est ainsi décidé pour la ligne directe par la plûpart des Coutumes, dans quelques-unes les enfans du fils aîné prédecedé succedant tous ensemble à

15. Arrest pour la Coutume de Vitry. son droit d'aînesse, dans d'autres le fils aîné du fils aîné y succedant seul. Enfin, la chose a esté jugée pour la collaterale, même dans la Coutume de Vitry, quoique cette Coutume porte, en l'article 59. que la femelle estant en plus proche degré exclut le mâle dans les fiefs. Car non seulement on a jugé que cette exclusion n'avoit point lieu au cas de la representation, & que la sœur du défunt n'excluoit point le fils d'une autre sœur, lequel au contraire devoit venir en concurrence avec sa tante; mais que quand le neveu estoit fils d'un frere, il excluoit sa tante : & il y en a Arrest du 7. Septembre 1576. Neanmoins la nouvelle Coutume de Paris, en l'article 323. a décidé le contraire, & cela sur deux raisons principales. La premiere, que d'admettre la representation, & l'exclusion de la tante au profit du neveu, c'est admettre un concours de deux privileges. La seconde, que l'article 25. ne donne l'exclusion, que quand les femmes se trouvent en pareil degré avec les mâles : Or la representation ne peut jamais operer que le neveu & la tante soient veritablement en pareil degré : Et en cela même on a distingué entre la ligne directe, & la collaterale : car en ligne directe on a consideré l'identité des personnes du pere & du fils, par rapport à l'ayeul qui en est la souche, laquelle identité du pere & du fils ne se considere pas de même, quand c'est par rapport à un frere, de la succession duquel il s'agit : c'est pourquoy l'article 323. de la Coutume de Paris, ne donnant point au neveu, qui represente, le droit d'exclusion qu'auroit eu son pere, & admettant la sœur du défunt avec le neveu fils d'un frere à la succession des fiefs, l'article 324. suivant, admet tout au contraire les enfans du fils aîné à la representation de son droit d'aînesse. Que si on a jugé dans la Coutume de Vitry l'exclusion de la tante dans les fiefs au profit du neveu, fils d'un frere, ç'a esté sur une circonstance particuliere de cette Coutume, que la representation de la ligne directe, & celle de la ligne collaterale estant compris dans un seul & même article, qui est le 66. on a inferé de là, que l'une & l'autre se doivent regler de même : & que, comme dans la representation, qui se fait dans la ligne directe, les representans succedent à tous les droits du representé, aussi selon l'esprit de cette Coutume, dans la ligne collaterale, le neveu, fils du frere, devoit exclure la sœur du défunt, puisque son pere l'auroit excluse. La principale difficulté de cette question est donc dans les Coutumes qui n'en ont aucun préjugé.

Resolution pour l'affirmative.

16. Si le neveu exclut sa tante pour les fiefs dans les Coutumes qui n'en ont aucun préjugé. Pour ne point employer le temps en des doutes superflus, je conclus que dans les Coutumes qui n'ont point de décisions semblables à l'article 323. de la Coutume de Paris, le neveu fils du frere du défunt, doit exclure dans les fiefs la sœur du défunt, pourvû que d'ailleurs la representation du neveu, succedant avec ses oncles ou tantes, ait lieu dans ces Coutumes, & que la préference du mâle soit établie pour les fiefs dans la succession collaterale, ce qui est fondé en raisons & en autoritez.

17. Que l'exclusion des femmes pour les fiefs est favorable. En premier lieu, par la nature des fiefs les femmes en sont excluses : & comme on n'a conservé des vestiges de cette exclusion, que dans cette préference des mâles en ligne collaterale, il la faut considerer comme favorable, & comme un retour au Droit commun.

18. Que le representant en collaterale succede à tous les droits du representé, pourvû qu'il ait les qualitez necessaires. En second lieu, quoiqu'il y ait quelque chose de plus favorable dans la representation en ligne directe, que dans celle qui a lieu en ligne collaterale ; neanmoins déslors qu'on la reçoit en faveur des neveux, il semble que c'est raisonner trop subtilement, que de dire que l'identité du pere & du fils se doit plus considerer par rapport à la succession de l'ayeul, que par rapport à la succession d'un oncle ou d'une tante. Car si l'on met une fois le fils à la place du pere, c'est pour le faire succeder à tous les droits du pere, soit dans la succession directe, soit dans la succession collaterale, principalement lorsque le representant n'a point de qualité personnelle, qui luy fasse obstacle, & l'empêche de faire une representation parfaite : car il ne seroit pas juste d'admettre la fille du frere à exclure sa tante par representation. Il ne faut donc pas dire que le fils represente moins parfaitement son pere dans la succession d'un oncle, que dans celle d'un ayeul; mais la difference que l'on peut se former sur ce sujet, est que le frere a moins de droit sur la succession de son frere, que le fils sur celle de son pere, dont la Loy luy donne une espece de domaine anticipé : ce qui fait bien que l'on prend moins garde à la qualité du representant en ligne directe. Ensorte qu'une petite-fille succede au droit d'aînesse de son pere, parce que ce droit d'aînesse estoit commencé de former en la personne du pere representé, & ainsi a dû appartenir à sa succession ; & qu'au contraire la niéce, venant par representation de son pere, à la succession de son oncle, n'aura pas le droit d'exclusion contre une tante, ce droit n'ayant point esté commencé de former en la personne de son pere, sur la succession de l'oncle, ensorte que ses heritiers de tout sexe y dussent succeder ; mais cela ne fait pas que le neveu venant en la place de son pere frere du défunt, ne doive exclure sa tante, sœur du défunt : parce que le droit d'exclusion, qui auroit dû appartenir au frere, écheant à son fils, neveu du défunt, trouve un sujet disposé pour en profiter. En un mot, la fille succede au droit d'aînesse de son pere : parce qu'il est commencé de former en la personne de son pere, qu'elle represente ; mais la niéce ne succede pas au droit d'exclusion qu'auroit eu son pere, frere du defunt : parce que ce droit d'exclusion n'a pas commencé de se former sous son pere, frere du defunt, & qu'il ne commence qu'au moment de la succession échûë : auquel temps le sujet qui se presente se trouve inhabile ; mais le neveu joignant à la representation la disposition qu'il a par le moyen de son sexe, pour profiter de cette exclusion, il la doit avoir de la même maniere que son pere l'auroit euë, & doit profiter seul des fiefs, au préjudice de sa tante, sœur du défunt. Dans la ligne directe la representation suffit, à cause du domaine anticipé des enfans ; mais dans la ligne collaterale, où il n'y a point de domaine anticipé, la representation ne suffit pas, & il faut, outre cela, avoir les qualitez personnelles.

19. Difference entre la representation en ligne directe, & la representation en ligne collaterale, & quels en sont les effets.

☞ Nous avons un exemple de cet effet de la representation, dans la Coutume d'Amiens, dont l'art. 70. établit la representation en collaterale selon le Droit commun : & le 84. dit que les propres appartiennent aux plus prochains parens du côté & ligne : & on ne doute plus à present qu'en cette Coutume le plus proche, même par representation, n'obtienne les propres de son côté & ligne : parce que c'est une maxime certaine, que la Coutume qui parle du plus prochain, s'entend de celuy qui est tel ou de son chef, ou par representation : d'où il suit que quand une Coutume donne les fiefs aux mâles

par préference aux femelles en pareil degré, elle se doit aussi entendre des mâles en égal degré, ou de leur chef, ou par representation. De même estant dit dans les Us & Coutumes de Toulouse, part. 3. tit. *de Successf. ab int.* que les biens de celuy qui est déccdé *ab intestat* & sans enfans, apppartiennent à son pere, ou à ses *plus proches parens paternels.* Ces mots, *de plus proches parens*, n'ont pas empêché qu'on n'y ait admis la representation de Droit, selon Monsieur Cambol. liv. 1. chap. 22.]

20. Autoritez pour l'exclusion de la tante par le neveu. A l'égard des autoritez, il est certain, que Maistre Charles du Molin a toûjours esté uniforme sur cette question: car, par exemple, sur l'article 109. de la Coutume de Montfort Lamaury, qui porte qu'en ligne collaterale, quant aux fiefs, les mâles excluent les femelles en pareil degré, il dit sur ce mot, *pareil degré, & represente tellement, que le fils du frere défunt, exclut la tante és fiefs, comme feroit son pere:* ce qui justifie que l'argument que ceux de l'opinion contraire tirent de ces mots, *en pareil degré*, qui se trouvent dans la plûpart des Coutumes, qui donnent la préference aux mâles dans les fiefs, n'a pas touché Maistre Charles du Molin, & n'a pas empêché qu'il n'ait conclu pour l'exclusion de la tante en faveur du neveu, fils d'un frere: parce qu'il a estimé que c'estoit le premier effet de la representation, que de placer le representant dans le degré du representé. Il a encore esté de cet avis sur l'article 96. de la Coutume de Chartres, quoique cet article n'admette encore cette exclusion *qu'en pareil degré:* & aprés en avoir cité deux Arrests, qui vont estre rapportez, il dit que la question n'est point susceptible de doute: & c'est aussi l'opinion de Charondas sur l'article 323. de la Coutume de Paris.

21. Arrests qui autorisent cette opinion. Enfin, l'opinion de Maistre Charles du Molin est conforme aux Arrests; car outre celuy du 7. Septembre 1576. rendu pour la Coutume de Vitry, lequel a jugé, que quoique cette Coutume en l'article 59. n'admist l'exclusion qu'en pareil degré, neanmoins le neveu, fils d'un frere, excluoit sa tante, sœur du défunt. Il y en a deux Arrests pour la Coutume de Chartres, un de l'an 1545. & l'autre du 10. Mars 1547. qui ont jugé précisément la même chose, & qui sont rapportez dans la Note de Maistre Charles du Molin, qui vient d'estre citée sur l'article 96. de la même Coutume: & ces deux derniers Arrests levent toute sorte de difficulté, supposé qu'il y ait assez de particularitez dans la Coutume de Vitry, pour faire croire que l'Arrest du 7. Septembre 1576. n'ait pas jugé la these generale.

Réponse aux objections.

Il reste de répondre aux objections, qui consistent à dire, que quand on a établi l'exclusion des femmes pour les fiefs dans la ligne collaterale, on a supposé deux choses; la premiere, la masculinité, qui se doit trouver, & dans le representant, & dans le representé: la seconde, la proximité, n'estant pas juste qu'un plus éloigné excluë un plus proche: & pour cela la plûpart des Coutumes ne donnent cette exclusion qu'aux mâles qui sont en pareil degré: Or il est difficile de concevoir que par l'effet même de la representation, le neveu soit en pareil degré avec la sœur du défunt.

22. Preuve que le representant doit avoir necessaire-ment les avantages du representé. La réponse est en un mot, qu'il ne faut point admettre la fiction de la representation, ou il luy faut donner tout son effet, suivant la maxime triviale, qui dit, *tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero:* Or le principal effet de la representation est de faire monter d'un degré le representant: Que si le representant monte d'un degré, il doit avoir le privilege de l'exclusion dans les fiefs, pourvû que le representé & luy, ayent tous deux les qualitez necessaires pour cette exclusion, c'est à dire, l'avantage de la masculinité: & si on ne le fait pas monter d'un degré & entrer en la place du representé, il faut dire qu'il n'y a plus de representation. D'ailleurs, l'exemple de la ligne directe, où les enfans de l'aîné succedent à son droit d'aîné, justifie que le representant a non seulement les droits en general, mais encore les prérogatives, & les privileges de la personne representée, n'y ayant aucune difference à cet égard entre la ligne directe & la ligne collaterale, sinon que, comme il a esté dit, celuy qui represente dans une succession en ligne directe, succede au droit qui estoit en quelque façon commencé en la personne de son pere, encore cela même n'est qu'une fiction; & cela opere au plus, que des privileges du fils prédecedé passent aux petits-fils indistinctement, & sans considerer leur sexe & leurs qualitez; au lieu qu'en collaterale le representant succede à des droits qui n'ont esté formez, ni par fiction; ni autrement, que lors de l'échéance de la succession; ce qui fait que l'on considere davantage son sexe, & la disposition qu'il a pour ces mêmes droits. Au surplus, la representation est égale, & doit avoir de pareils effets dans l'une & l'autre ligne. Et à l'égard de ce qu'on objecte, que de donner le droit d'exclusion au neveu, qui vient par representation, c'est accumuler deux fictions ou deux privileges, on répond que ce n'est point admettre deux fictions ni deux privileges, ni, comme l'on dit, deux effets singuliers; mais c'est admettre une seule fiction avec tous ses effets, suivant la maxime ordinaire, & c'est donner au fils les droits du pere, aprés l'avoir supposé en sa place, suivant la Novelle 118. chap. 3, *Tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset.* Aussi l'accumulation de deux fictions n'est point contre les termes du Droit, si ce ne sont des fictions principales, & non quand l'une est simplement une suite & une conséquence de l'autre: ce qui est remarqué sur la Loy *Singularia ff. si certum petatur*, & sur la Loy 4. au §. dernier *ff. de donat. inter.*

23. Réponse à l'objection que de permettre l'exclusion au neveu, c'est accumuler deux privileges.

☞ Il faut prendre garde que dans ces Coutumes cette exclusion peut produire une difficulté pour le partage entre les neveux, supposé qu'il n'y ait que des fiefs dans la succession: car la tante estant entierement excluse en ce cas, les neveux de diverses branches semblent devoir partager par souches contre l'ordinaire: parce qu'ils ne peuvent exclure leur tante, qu'ils ne viennent par representation, ne pouvant pas exclure d'un degré inégal: d'où il suit qu'ils viendront par souches: car le partage par souches suit toûjours la representation. Mais il faut répondre qu'en ce cas les neveux n'auront pas besoin d'exclure leur tante, puisqu'elle ne manquera pas de renoncer, (quoiqu'elle ne le fera qu'en consequence de cette exclusion,) & au moyen de sa renonciation, cette tante n'estant non plus considerée que si elle n'estoit pas, suivant la maxime ordinaire, *renuncians pro nullo habetur*, les neveux de plusieurs souches partageront par testes, ni plus, ni moins, que si la renonciation de leur tante venoit d'une autre cause: car ce n'est qu'en matiere de rapport qu'on considere la cause de la renonciation, pour obliger celuy à cause duquel

un pere renonce à la succession d'un ayeul, d'en faire raison à ses freres dans la succession du pere. Ainsi nous dirons au liv. 3. chap. des Rapports, que si le pere renonce à la succession de l'ayeul, pour ne pas rapporter ce qui a esté donné au petit-fils, ce petit-fils doit faire raison de cette renonciation dont il est la cause, en partage faisant de la succession du pere; mais il n'a jamais esté dit qu'une renonciation qui profite à tous les coheritiers également, dust changer leur maniere de partage, sous prétexte qu'elle a pour cause principale une exclusion dans un certain genre de biens: Car en un mot, les motifs du renonçant ne se considerent que quand ils concernent l'avantage particulier d'un des heritiers, comme il paroît dans la question de Rapport, qui vient d'estre touchée; & non quand ils dépendent d'un préciput & avantage de tous les heritiers en general.

Le neveu rappellé exclut sa tante. Ce qui vient d'estre dit, que le neveu fils d'un frere, venant par representation, exclut sa tante dans les fiefs, ne se doit pas appliquer au neveu, qui n'ayant pas de representation par le benefice de la Coutume, est rappellé par la disposition de son oncle: car au contraire tel rappel ne luy donne pas lieu d'exclure sa tante, le benefice de la Loy devant estre plus plein & plus avantageux, que celuy qui vient de la disposition de l'homme, comme on juge en Anjou qui est une Coutume d'exclusion, que le mâle une fois subrogé par la Loy aux filles dotées, succede à leurs parts & portions, nonobstant leur prédecés; au lieu que les filles n'estant excluses que par leur renonciation, dirigée en faveur du mâle, celuy-ci ne succede point à leurs parts & portions quand elles prédecedent; aussi le rappel ne donne le droit de succeder, qu'entant qu'il est conforme à la Coutume, & qu'il est, comme dit Maistre Charles du Molin, *intra terminos juris:* il tire toute sa force de sa conformité à la Loy municipale: autrement il n'est qu'un legs. Ainsi la representation de la Coutume doit avoir un effet plus plein & plus avantageux, que le rappel de l'homme: & si dans le cas de la representation, le neveu exclut la tante dans les fiefs; au contraire dans le cas de rappel, il vient en concurrence avec elle, si la Coutume n'appelle même dans les fiefs les femmes qui sont en plus proche degré, à l'exclusion des hommes qui sont en un degré plus éloigné, auquel cas il est sans doute que le rappellé est même exclus des fiefs.

Nostre proposition principale est appuyée d'un Arrest rendu au Rôlle de Senlis le 12. Février 1635. qui est dans le Journal de du Fresne, liv. 3. chap. 4. qui jugea, au cas d'un semblable rappel fait pour Senlis, qu'il ne donnoit pas lieu au neveu rappellé d'exclure sa tante dans les fiefs.]

24. Si dans les Coutumes où la femme en plus proche degré exclut le mâle, elle l'exclut quand il vient par representation. Enfin, l'on peut demander si dans les Coutumes, qui ordonnent que dans les fiefs la femelle estant en plus proche degré, exclut le mâle en plus éloigné, comme la Coutume de Vitry, art. 59. cela doit avoir lieu, au cas même de la representation: Ensorte que la tante excluë son neveu, fils d'une sœur, dans la succession d'un frere, & l'on a jugé pour la negative par Arrest du 3. Avril 1541. rapporté par le Vest, Arrest 19. & par un autre du 22. Mars 1558. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 9. Arrest 18.

25. Si entre neveux qui viennent par representation & dans la subdivision, le mâle exclut la femelle. Le cinquiéme cas est, de la subdivision entre les néveux & niéces d'une branche, lesquels viennent par representation à la succession d'un fief avec un oncle frere du défunt, ou avec une tante; & la question est de sçavoir, si aprés que le partage s'est fait par souches entre l'oncle & les neveux, les niéces sont excluses dans la subdivision. Et la raison de douter est, qu'il semble que le representant prenne ce dont il profite, dans la succession du representé: puisqu'en ligne directe aprés qu'un aîné a pris le droit d'aînesse, les enfans d'un cadet ou d'une fille, en prennent encore un dans la subdivision, ce qu'ils ne feroient pas, s'ils succedoient immediatement, & s'ils prenoient ce dont ils profitent dans la succession de l'ayeul: puisqu'une même succession ne peut pas estre sujette à deux droits d'aînesse. Ce qui estant présupposé, il semble que quand des neveux & niéces viennent avec un oncle par representation à la succession d'un autre oncle, les niéces doivent prendre part dans les fiefs, & n'en doivent point estre excluses par leurs freres neveux du défunt: puisqu'elles trouvent cela dans la succession de leur pere.

26. Resolution pour l'affirmative. Il faut dire neanmoins, que les niéces sont excluses dans la subdivision: parce que quand on vient par representation, on vient immediatement, & l'on prend les biens dans la succession de celuy *de cujus bonis agitur*, & non dans celle de la personne qu'on represente: Ainsi la niéce succede immediatement à son oncle, quoique par representation de son pere: & c'est une des differences qu'il y a entre la representation & la transmission: & par consequent elle est excluse par ses freres de la succession des fiefs, & n'a part que dans les autres biens.

Que si, en ligne directe, l'on donne un droit d'aînesse dans la subdivision, & lorsque des petits-fils, enfans d'un puîné, ou d'une fille, viennent par representation à la succession de l'ayeul, quoique l'aîné ou sa representation ait déja pris un droit d'aînesse, c'est par la raison du domaine anticipé des enfans sur les biens du pere, suivant la Loy *in suis ff. de lib. & post.* en consequence de quoy un puîné & une fille prédecedez, laissent un droit formé en quelque façon sur la succession du pere, lequel droit se considere, comme estant de la succession particuliere du fils puîné, ou de la fille, & est par consequent susceptible d'un droit d'aînesse, ce qui ne se trouve pas dans la ligne collaterale: car un frere n'a point de droit sur la succession de son frere, de son vivant, & quand il prédecede, ses enfans viennent bien par representation, avec leurs oncles, à la succession d'un oncle, frere de leur pere; mais ils ne trouvent point à cet égard de droit formé ni commencé dans la succession de leur pere, qu'ils puissent dire estre susceptible entr'eux du droit d'aînesse, comme un droit de la succession directe, & où les femelles ne soient point excluses par les mâles. Et voilà la raison de difference la plus vraisemblable qui se puisse apporter pour concilier ces propositions, & pour faire que d'un côsté en ligne directe, aprés qu'un aîné a pris un droit d'aînesse, les enfans d'un puîné ou d'une fille ne laissent pas d'en prendre un entr'eux, comme dans la succession de leur pere sur ce qui leur vient des biens de leur ayeul, & qu'ainsi le representant prenne les biens, comme dans la succession du representé; & que de l'autre côté il n'y ait point de droit d'aînesse entre les enfans d'un frere, qui viennent par representation à la succession de leur oncle; & qu'au contraire le mâle excluë la femelle, comme en succession collaterale, & qu'ainsi dans la representation, le representant ne soit point reputé prendre aucune chose, comme en la succession du representé; mais qu'il soit reputé prendre tout dans la succession de celuy *de cujus bonis agitur*.

& à laquelle il vient par representation.

27. Arrest pour l'exclusion. Aussi cette derniere proposition a esté jugée de cette maniere par l'Arrest du 5. Janvier 1617. rendu pour la succession de Monsieur le President Forget, entre Monsieur du Fautray, Conseiller en la Cour, & la Dame sa sœur : car il a esté décidé, que Monsieur du Fautray venant par representation de la Dame sa mere à la succession du sieur Forget son oncle, excluoit la Dame sa sœur à l'égard des fiefs dans la subdivision, qui se faisoit entr'eux, & c'est la derniere Jurisprudence : quoiqu'il y ait d'anciens Arrests qui ont jugé le contraire, & qui non seulement ont admis les femmes dans la subdivision des fiefs, qui se fait au cas de la succession par representation en ligne collaterale ; mais même qui considerant cette subdivision, comme une succession en ligne directe, y avoient donné à l'aîné un droit d'aînesse.

28. De la recompense dûë aux niéces en cas que le lot de leur branche consiste tout en fiefs, y ayant d'autres biens de la succession. Enfin, l'exclusion a lieu dans la subdivision, soit que les neveux representent leur pere, ou leur mere. Et c'est ce qui a esté jugé par Arrest au rapport de Monsieur Pithou, en la deuxiéme des Enquêtes, le 14. Aoust 1649. les du Hamels & les Chahu, Parties plaidantes.

Il reste neanmoins une difficulté sur ce sujet, qui est de sçavoir, si le lot qui arrive à la branche des neveux & niéces, qui viennent par representation, n'estant composé que de fiefs, les niéces doivent estre entierement excluses : ou s'il les faut recompenser & leur donner la valeur de ce qu'elles auroient eu dans le total des biens de la succession, entre lesquels il faut présupposer qu'il y avoit des biens roturiers : Et ce temperamment semble fort équitable : car autrement, ou il seroit aisé de frustrer les niéces ; ou il faudroit regaler les fiefs sur tous les lots, ce qui est difficile à executer.

29. De la concurrence des freres du défunt avec des neveux nez d'une sœur. Le sixiéme cas est de la concurrence des neveux nez d'une sœur, avec un frere du défunt. Et la question est de sçavoir, si ces neveux peuvent succeder aux fiefs concurremment avec leur oncle. L'article 322. de la Coutume de Paris les exclut, comme leur mere eût esté excluse, si elle avoit survécu : & l'on passe ordinairement sur cette question, comme peu susceptible de difficulté : quoiqu'il y en ait beaucoup, si l'on entre une fois dans les principes de la representation, selon lesquels le representant succede seulement au degré du representé, mais ne tient point de sa main les biens de la succession : il ne succede point par son moyen ; mais estant monté d'un degré, il succede immediatement à celuy des biens duquel il s'agit, & il vient à cette succession *jure suo*, & non pas en vertu du droit d'autruy. Aussi l'on vient par representation, quoique l'on ne soit point heritier de la personne representée, le tout à la difference du droit de transmission, qui fait une succession mediate, laquelle celuy qui succede tient de la main de celuy qui transmet, & non de celuy des biens duquel il s'agit, & y vient en vertu du droit d'autruy, & non d'un droit qui luy soit propre & particulier, ne pouvant d'ailleurs se prévaloir de la transmission, sans estre heritier de celuy qui luy transmet la succession d'un tiers : Or ces principes estant présupposez, il semble que le neveu, fils d'une sœur, venant à la succession d'un oncle ou d'une tante par droit de representation, & concurremment avec un autre oncle, frere du défunt : & par consequent y venant immédiatement & *jure suo*, ne doit point souffrir du défaut, ni du sexe de la personne representée, de la main de laquelle il ne reçoit point la succession ; mais que l'on doit considerer son propre sexe, & que sur ce fondement, il doit venir concurremment avec son oncle à la succession des fiefs.

Nonobstant cela il faut conclure, conformément à la Coutume de Paris, que dans les Coutumes où le mâle exclut la femelle dans les fiefs, en pareil degré, le frere du défunt doit exclure le neveu fils d'une sœur du défunt, quoiqu'il n'y en ait point de disposition particuliere : parce qu'il seroit injuste que le frere excluant sa sœur, ne pût pas exclure les enfans de sa sœur, qui sont plus éloignez, & que dans un degré plus éloigné il y eût plus de droit & d'avantage, que dans un degré plus proche : en un mot, que les enfans d'une sœur, qui auroit esté excluse, pussent venir avec leur oncle, par lequel leur mere auroit esté excluse. Et quoiqu'en general celuy qui vient par representation, succede immediatement, & ne prenne point les biens dans la succession de celuy qu'il represente ; neanmoins la representation dans les fiefs a cela de particulier, que l'on examine le sexe du representant & du representé, & que le défaut du sexe suffit dans l'un des deux, principalement en ligne collaterale, pour établir la préference des mâles : ce qui est fondé sur le droit primitif des fiefs, où les femmes estant une fois excluses, il n'y avoit point de retour pour leurs descendans. C'est ainsi que s'en explique le §. 3. tit. 1. liv. 1. en ces termes ; *Hoc autem notandum est, quod licet filiæ ut masculi patribus succedant, legibus tamen à successione feudi removentur : similiter & earum filii*, & le tit. 11. du liv. 2. *proles enim fœmini sexus, vel ex fœmineo sexu descendens, ad hujusmodi successionem aspirare non potest.* Aussi l'ancienne Coutume de Paris n'ayant point de disposition précise à cet égard, on ne laissoit pas de juger deslors pour cette Coutume, que le frere du défunt excluoit les enfans d'une sœur, & il y en a un Arrest de la prononciation de Noël de l'an 1550. rapporté par Charondas sur l'art. 322. — 30. Que dans ce cas les freres excluent les neveux enfans d'une sœur.

31. De la concurrence d'une sœur, d'un neveu fils d'un frere, & d'un neveu fils d'une autre sœur. Le septiéme cas est, de la concurrence d'une sœur, d'un neveu fils d'un frere, & d'un neveu fils d'une sœur : & l'on a exclus en ce cas le neveu fils de la sœur de la succession des fiefs : parce qu'il y venoit par representation, & que les deux cousins representans leurs parens, l'un son pere, & l'autre sa mere, celuy qui representoit son pere, excluoit l'autre, comme le frere du défunt auroit exclu ses sœurs. Que si le neveu fils du frere n'exclut pas sa tante dans la Coutume de Paris, c'est à cause du degré de proximité, que sa tante, qui est sœur du défunt, a sur luy : par où elle se défend de l'exclusion : mais le neveu fils de la sœur, venant par representation d'une femme, n'a point de degré de proximité, qui recompense le défaut du sexe de la personne representée : car son cousin represente un frere : Ainsi rien ne le peut défendre de l'exclusion. Ce qui a esté jugé par Arrest du 6. Juillet 1660. quoiqu'il y en eût un précedent du 28. Mars 1648. qui avoit jugé le contraire, & ils sont tous deux rapportez par Fortin & Ricard, sur l'article 322. de la Coutume de Paris.

32. De la concurrence d'une sœur du défunt, d'une niéce, fille d'un frere, & d'une autre niéce fille d'une autre sœur. Le huitiéme cas est de la concurrence d'une sœur du défunt, d'une niéce fille d'un frere, & d'une niéce fille d'une sœur, & la question est de sçavoir, si la niéce fille d'un frere venant par representation avec sa tante, attendu qu'elle represente un mâle, aura le droit d'exclusion sur sa cousine, comme il vient d'estre dit, que le neveu fils d'un frere exclut le neveu fils d'une sœur, quand il vient par representation avec une tante. Car il semble que l'on doit peu con-

siderer la qualité du representant, quand on partage une fois à titre de representation; mais bien la qualité du represénté, qui est la raison pour laquelle il vient d'estre dit, que les fils d'une sœur sont exclus par leur oncle frere du défunt, parce que le sexe de leur mere leur fait obstacle au respect de celuy qui auroit exclu leur mere, & qui a sur eux l'avantage de la proximité. De même, ne considere-t-on pas encore le sexe de la personne representée dans le droit d'aînesse, lorsque les filles d'un fils aîné profitent de son droit d'aînesse, au préjudice des autres fils de l'ayeul ?

Nonobstant cela, j'estime que la niéce fille d'un frere, n'exclut point sa cousine fille d'une sœur du défunt : parce que comme pour souffrir l'exclusion des fiefs en collaterale, il suffit que le défaut du sexe se trouve dans le representant, ou dans le represénté ; aussi pour avoir ce droit d'exclusion, il faut que le representant & le represénté soient des mâles; autrement le representant ne profite point de ce droit d'exclusion : ce qui n'est pas sans fondement : car quelle apparence d'établir ce droit d'exclusion qui s'accorde à la masculinité, en la personne d'une femme qui seroit elle-même sujette à ce droit d'exclusion, & la fin principale de ce droit estant de préferer les mâles, comment le pourroit-on accorder à une femme ? Enfin, l'exemple du droit d'aînesse, que l'on donne à la fille de l'aîné dans la succession de l'ayeul, ne doit pas faire consequence en cette espece : parce qu'il est fondé sur le domaine anticipé que l'aîné a eu de son droit d'aînesse, durant la vie de son pere, & auquel les enfans de tout sexe peuvent succeder, comme à un droit que l'on feint avoir subsisté en sa personne ; ce qui n'a pas lieu en collaterale. C'est pourquoy Charondas va un peu trop loin, quand sur la fin de son Commentaire sur l'article 320. de la Coutume de Paris, & les suivans, il décide, que la fille d'un frere venant par representation à la succession de son oncle, exclut le fils d'une sœur qui est son cousin germain : parce que, dit-il, comme elle entre dans le degré, aussi elle succede aux avantages du sexe de son pere : car c'est encherir sur l'espece qui vient d'estre proposée, & préferer la femelle au mâle, en consequence de la prérogative des mâles : ce qui s'implique manifestement.

33. De la concurrence des neveux, enfans d'un frere & des neveux enfans d'une sœur.

Le neuviéme cas est de la concurrence des enfans des freres & sœurs : à l'égard duquel on peut établir pour droit commun, que le mâle exclut la femelle, sans que l'on considere l'agnation, ni la cognation : c'est à dire, si les heritiers présomptifs descendent des mâles ou des femelles. Sur ce fondement les neveux enfans d'un frere, & les neveux enfans d'une sœur, viendront concurremment & par testes. Ce qui se peut établir sur quatre raisons. La premiere, que l'on ne peut pas prétendre que le neveu fils de la sœur procede *ex radice infecta* : parce que les femmes ne sont point chez nous incapables des fiefs, elles y succedent en pareil degré dans la directe, & en plus proche degré dans la collaterale : La seconde, que les neveux fils d'une sœur ne viennent point en ce cas par representation ; puisqu'ils se trouvent en pareil degré avec des neveux fils d'un frere. La troisiéme, que les Coutumes parlent taxativement, & limitativement, & disent, qu'en matiere de fiefs le mâle exclut la femelle en pareil degré; mais elles ne disent pas que les mâles descendans d'autres mâles, excluent les mâles descendans des femelles en pareil degré : Aussi la Coutume de Paris n'exclut les mâles venant des filles, que quand ils viennent par representation avec leurs oncles.

La quattriéme & derniere est, que quand il s'agit de la capacité de l'heritier, l'on a toûjours égard au temps de la mort : & c'est une difference qu'il y a entre les heritiers testamentaires, & les heritiers *ab intestat* ; qu'à l'égard des heritiers testamentaires, quand ce sont des étrangers, ils doivent estre capables au temps du testament, de la mort & de l'addition d'heredité, suivant la Loy *Si alienum 49.* au §. *de hered instit.* au lieu qu'à l'égard des heritiers *ab intestat*, l'on examine leur capacité, eu égard au temps de la mort seulement, suivant le §. *jui. 2. Instit. de hered. qualit. & differ.* Ainsi toutes les fois que la Coutume appelle les mâles, cela s'entend des mâles qui sont au temps de la mort, pourvû qu'ils viennent de leur chef à la succession. Et pour sçavoir si les mâles descendans des femmes sont appellez sous le nom de *mâles*, il faut voir Maistre Charles du Molin, sur l'article 16. de la Coutume de Paris, nomb. 4. 34. A quel temps l'on a égard pour juger de la capacité en fait de successions.

Le dixiéme cas est de la concurrence des neveux fils d'un frere prédecedé, & des niéces filles d'un autre frere aussi prédecedé : auquel il est sans difficulté que les neveux excluront les niéces, suivant les principes qui viennent d'estre établis. 35. De la concurrence des neveux fils d'un frere, & des niéces filles d'un autre frere.

Le onziéme est de la concurrence des neveux enfans d'une sœur, & des niéces filles d'un frere du défunt, dans lequel il faut conlure pour l'exclusion de celles-cy, par les mêmes principes, & suivant la décision de la Coutume de Laon, art. 165. de celle de Châlons, art. 176. & de celle de Reims, art. 56. 36. De la concurrence des neveux enfans d'une sœur, & des niéces filles d'un frere.

Le douziéme se peut proposer à l'égard des Coutumes, où la representation a lieu à l'infini en ligne collaterale, comme en la Coutume du Perche, art. 151. & la question est de sçavoir, si des neveux ou arriere-neveux estant en concurrence entr'eux, le mâle exclut la femelle, quoi-qu'il vienne d'une femme qu'il represente, & que la femelle vienne d'une autre qu'elle represente pareillement. L'Article 157. de la même Coutume, disant que *l'exclusion a lieu en ligne collaterale en pareil degré. Si ce n'est que les femelles representent le mâle, auquel cas elles ont telle part que le mâle auroit eû* : d'où il semble, que l'on puisse conclure qu'elle a lieu dans l'espece proposée, quoi-que d'un autre côté la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 151. de la Coutume, par laquelle il declare, que cette representation a lieu en collaterale, tant en degré égal, qu'en degré inégal ; comme dans la directe, (parce que l'article l'admet également & uniformément dans l'une & dans l'autre ligne,) semble soûtenir les interests de la niéce, & la faire venir par concurrence : puisque les deux concurrens representent une femme. Aussi la question s'estant presentée pour la même Coutume entre un petit-neveu, fils d'une niéce, & une petite niéce fille d'une autre niéce, & la petite-niéce ayant fait juger par un premier Arrest, qu'elle venoit par concurrence, il y eut Requête civile, sur laquelle il intervint un second Arrest, qui est rapporté dans le second Tome du Journal des Audiences, chap. 37. lequel ordonna une Enqueste par turbes. Le mâle, en cette espece, ne semble pas devoir exclure, parce qu'il vient necessairement par representation, selon la Coutume, & que le sexe de la personne representée luy fait obstacle, le défaut du sexe de la personne representée ne nuisant pas moins, en

37. Si dans les Coutumes qui admettent la representation à l'infini dans la collaterale, le mâle qui vient d'une femme, exclut la femelle qui vient d'une autre femme.

ce cas, que celuy de la personne qui represente, soit que la representation ne soit qu'habituelle, comme en égal degré, soit qu'elle soit actuelle, comme en degré inégal.

38. Si l'exclusion a lieu entre les mâles & les femelles de differentes lignes, pour les fiefs d'acquest.

On peut encore proposer cette espece. Un Particulier qui a acquis plusieurs fiefs dans la Coutume de Paris, decede sans enfans, & laisse pour ses heritiers présomptifs un cousin germain du côté paternel, & deux cousines germaines du côté maternel. Le cousin prétend avoir à luy seul tous les fiefs qui sont acquests. Les deux cousines au contraire soûtiennent qu'elles doivent venir en concurrence, & avoir leur part dans les fiefs.

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative.

Le cousin dit, qu'il est dans le cas de l'article 25. de la Coutume, qui declare que les femelles n'heritent point avec les mâles, dans les fiefs, quand ils sont en pareil degré: & que la diversité des lignes ne fait rien icy, sinon à l'égard des propres. Au surplus, les heritiers en pareil degré estant coheritiers des meubles & acquests roturiers, chacun prenant les propres de son côté & ligne, comme par une espece de prélegs: Que c'est la doctrine de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 22. de la Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 98. qu. 29. où il dit, que si quelqu'un laisse un frere uterin & un cousin germain du côté paternel, ils ne sont point coheritiers, parce qu'ils ne sont pas en même degré: mais que les heritiers en même degré sont veritablement coheritiers, & sur l'art. 16. nomb. 13. il limite le droit d'exclusion dont il s'agit, en disant, qu'il faut que le mâle soit heritier du côté & ligne, quand il s'agit d'anciens propres tenus en fief, auquel cas, il exclut la femme en pareil degré, quoiqu'heritiere du même côté & ligne: & que si tous deux n'estoient point heritiers du côté & ligne, dont procedent les fiefs, lesquels leur seroient dévolus au défaut d'heritiers de cette ligne, en ce cas, l'exclusion auroit encore lieu, *Tunc enim*, dit-il, *masculus excludit fœminam in propriis, sicut excluderet eam in conquestis*: ainsi quoique Maistre Charles du Molin ne traite pas la question, neanmoins il déclare assez par ces termes, *sicut excluderet eam in conquestis*: qu'il incline en ce cas, pour l'exclusion, conformément aux principes qu'il a établis sur l'article 22.

Raisons pour la negative.

Raisons pour la negative.

L'on dit d'autre côté, pour soûtenir la concurrence des cousines dans ces fiefs d'acquest, qu'il est difficile de s'imaginer que des cousins germains d'un défunt, les uns du côté paternel, les autres du côté maternel, puissent estre dits veritablement coheritiers: quoiqu'estant en pareil degré, ils concourent dans la succession des meubles & acquests: parce que la premiere conception d'un partage de succession en païs de Coutume, est de separer les biens, & les heritiers des deux lignes, & de donner aux heritiers paternels, & aux heritiers maternels les

39 Opinion erronée.

biens qui leur appartiennent separément, qu'aprés cela, l'égalité ou l'inégalité du degré, est une chose fortuite: & que pour montrer qu'entre heritiers de differentes lignes, mais de pareil degré, pour ce qui est même des meubles & acquests, on ne laisse pas d'avoir quelque égard à la difference des lignes, c'est que, selon l'avis de quelques Docteurs François, les meubles & acquests se divisent entr'eux par moitié, & l'on en donne moitié aux heritiers paternels, moitié aux maternels, sans considerer le nombre des uns ni des autres. Que si l'on regardoit ceux qui sont de differentes lignes, comme coheritiers, sous prétexte qu'ils se trouvent en pareil degré, dans l'espece particuliere, l'on devroit admettre les deux cousines du côté paternel à un partage par testes, à l'égard des rotures, avec le cousin du côté paternel. Et si l'on en fait un partage par moitié à leur préjudice, il faut conclure que l'on a quelque égard à la difference des lignes à l'égard des acquests mêmes. D'ailleurs, quand il s'agit de sçavoir, si l'on peut leguer des propres d'une ligne à un heritier d'une autre ligne, on conclut pour l'affirmative, nonobstant l'égalité du degré, suivant l'Arrest du 23. Avril 1625. rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 1. chap. 49. parce que l'on juge que les heritiers des deux lignes ne sont point coheritiers, & qu'ils ne peuvent pas s'imputer respectivement l'incompatibilité des qualitez d'heritier & de legataire.

Resolution pour l'affirmative.

Il est sans doute, que le cousin paternel exclura, en ce cas, les cousines du côté maternel: parce que quoiqu'ils ne soient pas coheritiers à l'égard des propres, le parent paternel estant étranger à l'égard des propres maternels, neanmoins on ne peut pas faire qu'ils ne soient coheritiers à l'égard des meubles & acquests: & comme il s'agit icy des acquests, il faut que le cousin paternel excluë les cousines maternelles des acquests tenus en fief. Ainsi l'Arrest du 23. Avril 1625. ne peut point icy servir de préjugé: car il juge bien, que deux heritiers estant en pareil degré; mais de differentes lignes, l'un d'eux pouvoit estre legataire des propres de la ligne de l'autre, & qu'ainsi chacun d'eux est étranger à l'égard des propres de l'autre ligne; mais il ne juge pas que sous prétexte qu'ils sont heritiers de diverses lignes, ils ne soient point coheritiers dans les meubles & acquests, estant les plus prochains & en pareil degré, ni que l'un d'eux eût pû estre heritier & donataire dans les meubles & acquests. Or c'est ce qu'il faudroit établir icy, que sous prétexte que le cousin paternel & les cousines maternelles sont de differentes lignes, ils ne sont pas reputez coheritiers à l'égard des meubles & acquests, quoiqu'ils concourent dans la succession de ces mêmes biens, comme estant en pareil degré, ce qu'il est difficile de s'imaginer. Et pour ce qui est du partage par moitié des meubles & acquests entre les deux lignes, il est vray qu'il y a quelques Coutumes particulieres qui l'ordonnent ainsi, comme la Coutume de Bourbonnois, art. 315. & celle d'Auvergne, chap. 12. art. 6. Mais dans ces Coutumes-là même, les heritiers en pareil degré, quoique de differentes lignes, ne laissent pas d'estre coheritiers, & ont entr'eux, c'est à dire, d'une ligne à une autre ligne, le droit d'accroissement, suivant la Note de Maistre Charles du Molin, sur le même article 315. de la Coutume de Bourbonnois: D'ailleurs, ces dispositions particulieres ne sont pas un droit commun, & au contraire, dans les autres Coutumes on suit la Novelle 118. chap. 3. §. 1. qui dit, *Sin autem plurimi ejusdem gradus reperiantur, secundum personarum numerum inter eosdem hereditas dividatur, quod in capita nostra leges appellant.* Ainsi les heritiers en pareil degré,

40. Resolution pour l'affirmative.

41. Coutumes qui partagent les meubles & acquests entre les deux lignes.

degré, quoique diverses lignes succedent par testes aux meubles & acquests, & où il n'y a point de representation, le partage par testes a toûjours lieu.

42. Si un creancier peut exercer ce droit d'exclusiõ. On demande si un creancier estant aux droits du mâle, peut exclure sa coheritiere, à l'égard des fiefs, de la même maniere que son debiteur auroit pû faire?

Regulierement un creancier peut exercer tous les droits de son debiteur, & s'y faire subroger à cet effet, quand le debiteur refuse de les exercer luy-même: parce que ce refus passe pour une fraude manifeste, personne n'estant présumé abandonner ses droits à plaisir, suivant la Loy *Cum de indebito 25, vers. sin verò ff. de probat.* ensorte que quoiqu'il y ait des textes précis en Droit, qui portent que celuy qui manque d'acquerir, n'est pas présumé frauder ses creanciers; mais seulement celuy qui diminuë ses biens, & entr'autres la Loy *6. ff. quæ in fraudem*; neanmoins la malice des hommes allant toûjours en augmentant, on a jugé à propos de secourir en ce cas les creanciers, & d'abord ils faisoient condamner les debiteurs de se porter heritiers, en leur donnant bonne & suffisante caution de les indemniser, & garantir de tout évenement, & qu'ils ne seroient point tenus au-delà des forces de la succession: & dans la suite, on a trouvé le moyen de les subroger au lieu & place de leurs debiteurs, & par là on les a dispensez de ce cautionnement qui paroissoit trop general, & trop indéfini: & en cela nous nous éloignons encore de la disposition du Droit, comme l'observe Maistre Antoine Mornac, sur la Loy 4. *C. quando fiscus vel privatus.*

43. Quels droits les creanciers ne peuvent pas exercer. Il faut pourtant avoüer, qu'il y a certains droits qui sont tellement attachez à la personne, qu'un creancier ne les pourroit pas exercer: par exemple, il ne pourroit pas faire une saisie feodale, faute de rendre la foy & hommage à son debiteur: parce que le droit de saisir a ce titre, comme la foy & hommage même, est un droit personnel, pour ne pas dire avec Maistre Charles du Molin, qu'il est personalissime: aussi Maître Guy Coquille, sur l'art. 11. du tit. des Fiefs, distingue entre une saisie faute d'un relief, que les creanciers peuvent faire; & une faute de foy & hommage, qu'il n'appartient qu'au Seigneur même d'exercer sur son vassal.

2. La faculté de renoncer & reprendre, a esté contestée jusques à present aux creanciers de la veuve, principalement aprés son decés.

3. Il y a beaucoup de sujet de douter, qu'un creancier exerçant les droits de son debiteur, & se portant pour luy heritier pur & simple, puisse obtenir l'exclusion d'un heritier beneficiaire, qui est en plus proche, ou en pareil degré: parce que cette exclusion est peu favorable, & doit estre restrainte.

44. Disposition particuliere de la Coutume de Normandie au sujet du droit d'aînesse. 4. Il y a une Coutume qui est celle de Normandie, laquelle dispose en l'art. 344. que le fisc, ou un creancier, estant aux droits du fils aîné, ne peut pas prétendre de droit d'aînesse, mais un partage égal seulement, quoiqu'en l'art. 278. elle subroge le creancier au droit du debiteur, pour une succession qu'il refuse d'accepter. Ce n'est pas qu'à bien examiner la chose, cette disposition est singuliere. Car quoiqu'un creancier ne puisse pas se faire subroger aux prérogatives d'honneur & de préséance, qui sont attachées à la personne de l'aîné; neanmoins je ne vois rien qui empêche qu'il ne puisse avoir tout l'émolument du droit d'aînesse. Aussi Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8. de la Coutume de Paris, gl. 3. nomb. 26. convient que l'aîné en peut faire une cession & transport.

Sur ce fondement j'estime, que des creanciers exerçant les Droits de leur debiteur, qui est heritier en ligne collaterale, peuvent donner l'exclusion aux femmes qui sont en pareil degré que leur debiteur: parce que c'est un droit formé en sa personne, duquel il est saisi au moment de la mort du défunt, comme de tous les autres droits, qui luy peuvent appartenir dans sa succession, estant reputé seul heritier, & n'ayant point de coheritier dans les fiefs, sans qu'il ait besoin pour cela de faire aucune declaration particuliere, luy suffisant de prendre la qualité d'heritier qui comprend ce droit d'exclusion: en quoy cecy differe de l'exclusion de l'heritier beneficiaire par le pur & simple, qui a besoin d'estre demandée: parce que l'on a coutume de donner un délay à l'heritier beneficiaire, pour prendre la qualité d'heritier pur & simple: à faute de quoy il est declaré exclus. Ensorte que cette exclusion s'obtient, s'il faut ainsi dire, à la pointe de l'épée: au lieu que celle dont il s'agit se fait de plein droit, même sans aucune declaration. Ainsi les creanciers des mâles s'en peuvent prévaloir sans le consentement, & même contre l'avis de leurs debiteurs. En quoy ce droit differe encore de la reprise qui se fait en renonçant à une communauté, qui demande une declaration de la veuve, laquelle ne veut peut-estre pas faire cette injure à la memoire de son mari, que de renoncer à sa communauté, ou de souffrir qu'on y renonce pour elle, & comme estant à ses droits, & que cependant l'on reprenne franchement & quittement ce qu'elle a apporté en communauté. 45. Resolution pour l'affirmative, & qu'un creancier aux droits d'un mâle, peut exclure les femmes des fiefs de la succession.

Tellement que je voudrois user de cette distinction, & dire qu'un privilege personnel, qui contient quelque émolument, peut estre exercé par les creanciers, pourvû que ce privilege ne demande pas une acceptation précise de la personne à qui il est accordé; mais que s'il demande une acceptation particuliere, les creanciers ne le sçauroient exercer sans le consentement de leur debiteur: ainsi l'exclusion dont il s'agit estant comprise dans l'acceptation generale de la succession, & ne demandant point de declaration particuliere, peut estre exercée par des creanciers; mais l'exclusion de l'heritier beneficiaire demandant une poursuite, & par consequent une declaration précise de l'heritier pur & simple, des creanciers ne la pourront pas demander, comme exerçant les droits de leur debiteur, sans son aveu, & sans son consentement: non plus qu'une reprise sans le consentement de la veuve. Il y auroit aussi quelque sorte d'inconvenient, qu'un étranger exerçast une saisie feodale faute de foy & hommage, sans le consentement du Seigneur, à qui seul appartient la vengeance du mépris commis par le vassal: Mais comme on luy fait tort en son bien, plûtost qu'en sa personne, lorsqu'on ne luy paye pas les droits utiles qui luy sont dûs, comme un relief, les creanciers peuvent sans son consentement saisir à ce titre, & percevoir les fruits de la saisie feodale. 46. Définition generale des cas où les creanciers peuvent exercer les droits.

Il arrive quelquefois que l'on partage comme roture ce qui est fief, & comme fief ce qui est roture, & il est certain que cette erreur doit donner lieu à un nouveau partage; à moins que le temps ne fasse une fin de non-recevoir, selon l'Arrest du 31. Juillet 1568. rapporté par Maistre Antoine Mornac, sur la Loy 22. *ff. de adopt.* & 47. Dans quel temps on peut revenir contre un partage, où l'on a pris pour fief,

ce qui étoit roture, aut vice versa

emancip. sur la fin. Et s'il y a trente ans que le partage a esté fait, il n'y a point de retour. Mais on demande si ce partage n'estant fait que depuis dix ans, il y a aussi fin de non-recevoir, suivant l'Ordonnance de Louis XII. de l'an 1546. art. 46. & cette question ayant esté proposée par Maistre Charles du Molin, sur l'art. 9. de la Coutume de Paris, gl. 3. nomb. 5. il renvoye à son Commentaire sur l'art. 16. où il ne la traite pas, mais il renvoye encore à un article, sur lequel l'on n'a point son Commentaire.

48. Si celuy qui a profité de l'erreur, est en fraude, la prescription contre la restitution, ne court que *à die detectis fraudis.*

Je dis donc en premier lieu, que si l'aîné qui a pris son préciput sur une Terre roturiere, ou le mâle qui a exclus sa coheritiere, est en fraude, & a pardevers luy la preuve que l'heritage est une simple roture, la prescription de la restitution ne court que du jour de la découverte de la fraude: & c'est ce que remarque M. Bourdin, sur l'art. 134. de l'Ordonnance de 1539. sur ces mots, *sinon ainsi qu'en semblables contrats, seroit permis aux majeurs*, sur lesquels il dit cecy. *Il y a plusieurs cas esquelsles majeurs sont reçûs à restitution, voire aprés les dix ans passez : comme quand l'adversaire a malicieusement celé, caché & latité les instrumens, par lesquels on pouvoit demander d'estre restitué. Car lors cette prescription de dix ans peut seulement courir du jour que cela est venu à la reconnoissance de la Partie.*

49. *Quid* si on a transigé précisément sur la question, si l'heritage étoit fief, ou roture.

En second lieu, si le partage estoit une veritable Transaction, & que la contestation en ayant esté formée, & y ayant eu un partage qui l'eût decidée, on eût transigé sur l'appel & sur les lettres de rescision, en ce cas, regulierement, il n'y auroit point lieu à la restitution, suivant l'Ordonnance de Charles IX. de l'an 1560. Mais il se peut trouver des circonstances qui donnent lieu de temperer la rigueur de cette Ordonnance, comme la lesion énorme & le dol personnel.

50. Que s'il n'y a ni recelé des titres, ni transaction, peut-on venir aprés les dix ans de l'Ordonnance.

Enfin, le partage ne s'estant point terminé par une Transaction, sur la question de sçavoir, si le domaine estoit fief ou roture, & les preuves de la nature de l'heritage n'ayant point esté recelées par dol & fraude, si aprés le partage on découvroit, que ce qui auroit esté partagé comme fief, n'estoit que roture, j'estime que la demande en restitution seroit recevable, suivant la Loy *Cum falsa* 5. *ff. de jur. & facti ignorantia*, & l'Arrest du 31. Juillet 1568. rapporté par Maistre Antoine Mornac, sur cette Loy 22. *ff. de adopt.* & la restitution, en ce cas, ne commenceroit à se prescrire que du jour qu'on auroit connu la veritable nature de l'heritage; depuis lequel temps on auroit dix années pour se pourvoir: & neanmoins si l'on faisoit si tard cette découverte qu'il se fût passé trente ans depuis le partage, le possesseur seroit à couvert par cette prescription, & ne pourroit plus estre évincé. Et la raison pour laquelle j'estime que l'on peut porter cette restitution audelà des dix ans de l'Ordonnance de 1510. c'est que l'Ordonnance donne ce temps pour se faire relever d'un consentement que l'on a presté, comme a un vendeur, pour se faire relever contre la vente qu'il a faite à trop vil prix. Ainsi elle suppose un consentement: Or il n'y a rien de plus opposé au consentement qu'une erreur de cette nature, suivant la Loy *Si per errorem* 15. *ff. de jurisd. omn. judic.* dautant plus qu'il concerne une qualité essentielle à la chose, qui est la cause impulsive d'une telle maniere de partage, comme dit la glose sur la Loy penult. *ff. de confessis*, & c'est la même chose que si dans la vente, on avoit acheté du cuivre pour de l'or, ou du plomb, ou de l'étain pour de l'argent, ce qui rend le contrat nul, aux termes de la Loy *In venditionibus* 9. *ff. de contrah. empt.* Ainsi le partage estant nul à cet égard, il y a trente ans pour demander la part qu'on auroit euë, si ce n'est qu'avant les trente ans on ait eu connoissance de la qualité de l'heritage, auquel cas, les dix ans courent du jour de la connoissance. Aussi quoique Maistre Charles du Molin ait fait un renvoy de cette question, neanmoins il semble s'expliquer assez sur l'art. 9. gl. 3. nomb. 5. ou il dit qu'en ce cas, il faut faire un nouveau partage, si ce n'est qu'il y ait trente ans que le premier ait esté fait. *Jam per errorem facta divisio reformari debet & hoc nisi lapsi essent triginta anni*, d'où il semble que l'on peut conclure qu'il a esté d'avis que la prescription de dix ans établie par l'Ordonnance, n'a pas lieu en ce rencontre.

Au reste, la Coutume de Paris, articles 334. & 335. a établi cette difference entre le droit d'aînesse, & le droit d'exclusion, qui est la prerogative des mâles en ligne collaterale, que l'aîné, pour prendre un préciput & une plus grande portion au résidu des fiefs, n'en paye pas plus de dettes qu'un puîné, ou une fille: mais que le mâle qui exclut en collaterale dans les fiefs, paye les dettes à proportion de l'émolument. Car on le considere, en ce cas, comme seul heritier d'une espece de biens, & comme cette même contribution est établie entre les heritiers des meubles & acquests, & ceux des propres, même entre les donataires & legataires des meubles & acquests, qui portent toutes les dettes à proportion de l'émolument, on a jugé à propos d'y assujettir le mâle, quand il use de cette exclusion. Mais on pourroit demander si cela devroit avoir lieu dans les Coutumes, qui n'en disposent pas: car l'exemple du préciput de l'aîné qui ne l'oblige point à payer une plus grande part des dettes, est considerable: puisque le droit d'exclusion est le préciput du sexe masculin, comme le droit d'aînesse est le préciput des aînez. D'ailleurs, peut-on dire qu'un frere & une sœur germains qui succedent à un autre frere, ne soient pas également heritiers, quoique le frere excluë sa sœur dans les fiefs, ou que la succession des fiefs fasse parmi nous ce qui s'appelle une universalité de biens?

51. Si dans les Coutumes qui n'en parlent point, le collateral qui exclut sa coheritiere dans les fiefs, payent les dettes à proportion de l'émolument.

Aussi Maistre Charles du Molin sur l'art. 16. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 14. avoit esté d'avis que le frere & la sœur payoient également les dettes en ce cas.

Raisons pour l'affirmative.

J'estime nonobstant tout cela, que dans les Coutumes qui établissent une fois le payement des dettes entre des heritiers, des donataires & des legataires de divers genres de biens, la disposition de l'article 335. de la Coutume de Paris doit estre admise, comme estant de nouvelle reformation, & tirée de la disposition des Arrests, & un avantage si considerable que fait la Coutume, ne pouvant pas estre appellé un simple prélegs; mais estant une portion considerable de la succession. Que si avant la reformation de la Coutume de Paris, l'article 334. estoit déja établi par l'usage pour la contribution aux dettes, entre des heritiers, des legataires & des donataires de divers genres de biens, & si ce même article 334. s'observe dans les Coutumes qui n'ont pas de disposition contraire, comme il paroist par les Arrests rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur, lettre D. nomb. 54. pourquoy

52. Resolution pour l'affirmative.

l'article 355. n'aura-t-il pas lieu dans ces Coutumes qui n'ont point de disposition semblable : puisque le mâle est en cela heritier d'un certain genre de biens, d'autant plus qu'il arriveroit souvent,(& c'est un inconvenient que Maistre Charles du Molin est obligé de reconnoistre dans son opinion,) qu'y ayant beaucoup de dettes dans une succession, dont la plûpart des biens seroient feodaux,& la femme payant la moitié de ces dettes, elle en porteroit audelà du profit qu'elle feroit dans la succession, pour raison de quoy il faudroit au moins luy donner un recours contre le mâle pour l'acquitter des dettes, n'estant pas juste qu'elle en paye audelà de l'émolument qu'elle tire de la succession, pendant que le mâle, aprés avoir payé sa moitié des dettes, auroit des biens libres dans la même succession.

51. Réponse à l'exemple tiré du droit d'aînesse. Enfin, l'exemple du droit d'aînesse ne doit point faire obstacle, car il y a une difference considerable, l'aîné n'ayant pas un genre particulier de biens : puisque les puisnez & les filles succedent aux fiefs conjointement avec luy ; au lieu qu'en collaterale le mâle succede seul à cette espece de biens. A quoy l'on peut ajoûter, que si l'on a taxé d'une trop grande subtilité l'opinion de Maistre Charles du Molin, lorsqu'il a dit sur l'article 268. de la Coutume de Tours, qu'une femme qui profite des meubles & acquests en vertu d'une clause de son contrat de mariage, & non en vertu de la disposition de la Coutume, n'estoit pas sujette aux dettes mobiliaires : parce qu'elle n'avoit pas ces meubles & acquests à titre universel, & si l'on a conclu en cette espece qu'il suffisoit qu'au temps de la mort, elle prît un certain genre de biens dans la succession, pour estre tenuë des dettes, sans qu'il y eût lieu de distinguer à quel titre elle prenoit ces meubles, si en vertu de la Coutume, ou de son contrat de mariage, ne dira-t-on pas qu'il y a aussi une espece de subtilité dans l'opinion contraire, qui va à exempter un frere, par exemple, qui est seul heritier dans les fiefs, de contribuer aux dettes à proportion de l'émolument : quoiqu'on y oblige un heritier des propres d'une ligne, qui se trouvant plus proche que ceux d'une autre ligne, aura pour cinq sols de meubles, ce qui donne lieu à faire une ventilation du tout, & à luy faire payer les dettes à proportion de ces meubles, aussi bien que des propres dont il est heritier.

Il faut pourtant convenir que nostre opinion est plus fondée sur l'équité, que sur la rigueur des regles : parce que, à proprement parler, la succession des fiefs, ne fait point un titre de succession universelle ; mais bien la succession des meubles, celle des acquests, & celle des propres: Ce qui a esté établi au livre 5. chap. 2. du payement des dettes, section 2. nomb. 14. C'est pourquoy si l'on consideroit cela dans la derniere exactitude, ce droit d'exclusion ne feroit qu'un préciput, & n'obligeroit point à payer les dettes *pro modo emolumenti :* mais comme c'est un préciput de toute une espece de biens, la Coutume de Paris a trouvé de l'équité là dedans, & il y a lieu de suivre sa décision dans les autres Coutumes pour éviter l'inconvenient prévû par Maître Charles du Molin, que dans une même succession une femme, laquelle n'a presque rien dans la succession, paye sa part virile des dettes qui la consommeront, & qu'elle sera quelquefois obligée, aprés avoir épuisé sa portion, de suppléer de ses propres biens, pendant que le mâle qui a presque tous les biens, n'en paye aussi que sa part virile.

CHAPITRE III.

De la Legitime.

SECTION I.

En quel cas la Legitime a lieu.

SOMMAIRE.

1. *Ce que c'est que la legitime.*
2. *Partage de la matiere.*
3. *Quand la legitime a lieu.*
4. *Quand l'effet de la querelle est de faire casser la disposition pour le tout.*
5. *Autre cas où cela arrive en collaterale.*
6. *De l'action en supplément, & de l'exception pour la legitime.*
7. *Du temps de demander la legitime.*
8. *Cas ausquels on a crû qu'un fils pouvoit demander prématurément sa legitime.*
9. *S'il faut estre heritier pour demander sa legitime, & si le renonçant en doit estre exclus.*

Raisons pour l'affirmative.

10. *Autoritez pour l'affirmative.*

Raisons pour la negative.

11. *Raison principale pour la negative.*
12. *Autoritez pour la negative.*

Resolution qu'il faut estre heritier.

13. *Argument pour l'affirmative, tiré de ce que la legitime doit estre laissée à titre d'heritier.*
14. *Autre tiré de ce que le legitimaire est saisi.*
15. *Autre tiré de diverses pratiques de la legitime.*
16. *Autre tiré de l'exemple de la quarte de l'arrogé impubere.*
17. *Autre tiré des reserves coutumieres.*
18. *Autres tirez de la matiere des fiefs & de celle des fideicommis.*
19. *Autre tiré de la legitime de l'aîné.*
20. *Autre tiré de l'Edit des secondes nôces.*
21. *Autre tiré de la matiere du doüaire.*
22. *Coutumes qui présupposent qu'il faut estre heritier pour avoir sa legitime.*
23. *Arrest de saint Vast.*
24. *Que la Coutume qui défere quelque chose* titulo singulari, *n'exempte pas de se porter heritier.*
25. *Comment la legitime est une créance.*
26. *Que le legitimaire est sujet aux dettes.*
27. *De l'accroissement quand le fils est institué heritier pour sa legitime.*
28. *De la retention de la legitime par le donataire*

1. Ce que c'est que la legitime.

LA legitime est une portion de ce qu'on auroit eu sans les dispositions entre-vifs ou testamentaires, que la Loy n'accorde qu'à l'heritier présomptif, à qui le défunt estoit obligé naturellement de laisser sa subsistance: C'est un secours naturel qui est reglé par la disposition de la Loy: c'est un frein que la Loy donne à la liberalité de ceux qui doivent quelque chose à leurs heritiers. Aussi la Loy *Si totas 5. C. de inoff. donat.* l'appelle *debitum bonorum subsidium*, sur quoy Godefroy a dit, *subsidium quia judicium patris Lex supplet.* La Loy *Papinianus 8. ff. de inoffic. testam. §. quoniam*, dit, que la legitime est la quatriéme partie de ce qu'on doit avoir *ab intestat. Quarta legitima partis*, & l'Authentique, *de triente & semisse*, qui augmente cette portion, dit, qu'elle est un bienfait de la Loy, & non pas du pere, *beneficium legis non parentis.* La Loy naturelle & la Loy civile qui concourent à son établissement, justifient donc assez combien elle est favorable; mais cela se verifiera mieux dans le détail de cette matiere, qui est une des plus amples du Traité des Successions: puisqu'il y faut examiner quand la legitime a lieu.

2. Partage de la matiere.

A qui elle est duë.

Quelle en est la quotité.

Si elle peut estre grevée.

Quels biens on considere pour la supputation de la legitime.

Quelles personnes font part dans cette même supputation.

Quelles donations sont sujettes à la legitime.

De quelle maniere les donataires y contribent.

Ce qui s'impute & se précompte au legitimaire.

En qu'elle nature de biens la legitime doit estre fournie.

Quelles actions a le legitimaire pour le recouvrement de ses droits.

Et quelle restitution de fruits il peut prétendre.

3. Quand la legitime a lieu.

La legitime a lieu quand il y a des donations entre-vifs ou testamentaires, qui par leur excés obligent l'heritier présomptif d'en demander la réduction, pour conserver une partie de ce qui luy estoit dû legitimement, & de ce qu'il auroit eu sans ces dispositions. Et la querelle d'inofficiosité qui par l'ancien Droit Romain alloit à faire casser tout le testament, en cas que les enfans n'y eussent pas esté instituez, ou qu'ils eussent esté desheritez injustement: & qui par le nouveau Droit, ne donne atteinte qu'à l'institution d'heritier, le testament au residu fortissant son effet, n'est ordinairement parmi nous qu'une simple demande de legitime: parce que nous n'avons point d'institutions d'heritier, & que tous nos testamens sont des codiciles. Ce qui a lieu dans le dernier Droit à l'égard des donations inofficieuses, suivant l'observation qu'en a faite Monsieur Cujas sur la Novelle 92. *de immens. donat.* & en ses Observations livre 5. chapitre 14. sans qu'il soit besoin de distinguer entre les donations faites aux enfans, ou aux étrangers; ni entre celles qui sont frauduleuses *re tantum*; & celles qui le sont *re & consilio*, comme avoit fait Julius Clarus *§. donatio qu. 24. n. 2.* & Bartole sur la Loy *Titia §. Imperator de legat. 2.* Mais il est toûjours vray de dire, que l'effet naturel & ordinaire de cette querelle, ne peut avoir d'application parmi nous, si ce n'est au cas d'une exheredation faite par un simple acte, passé pardevant Notaires, auquel cas l'exheredation étant cassée & revoquée, par l'effet de la querelle d'inofficiosité; le fils desherité rentre dans tous ses droits. Comme aussi lorsque l'on a vû des peres, qui prévenus d'une haine manifestement injuste contre leur propre sang, ont desherité leurs enfans, & disposé en même temps au profit des personnes étranges. *Malignè contra sanguinem suum inferentes judicium*, dit la Loy *4. ff. de inoff. test.* & que l'on a esté persuadé que cette aversion déraisonnable, estoit le principal motif de cette disposition, alors l'on a cassé l'exheredation & la donation pour le tout. C'est l'espece d'un Arrest de la Grand'Chambre du 15. Juin 1617. plaidans Maistre Pierre de la Martilliere, & Maistre Jacques Talon, & rapporté par Maistre Antoine Mornac, sur la Loy 1. *C. de inoff. donat.* qui infirma pour le tout le testament d'une mere qui ayant une fille, & des petits-fils, & étant prévenuë contr'eux d'une injuste aversion, avoit legué tout son bien à l'Eglise.

4. Quand l'effet de la querelle est de faire casser la disposition pour le tout.

Enfin, selon l'opinion commune, si un testateur negligeant l'amitié fraternelle & sa propre reputation, dispose au profit d'une personne infame au préjudice de ses freres, l'on doit casser sa disposition pour le tout, & cette donation doit estre anéantie à raison de la honte & du scandale qui la suivent; mais en tout autre cas, la querelle d'inofficiosité n'est parmi nous qu'une veritable demande de legitime, & ne donne atteinte aux dispositions entre-vifs & testamentaires du défunt, qu'à proportion de ce qu'elles entâment, ou elles consomment la legitime de ceux à qui elle est duë.

5. Autre cas où cela arrive en collaterale.

Il y a outre cela l'action de supplément de legitime, qui appartient à celuy qui est donataire ou legataire; mais qui n'est pas rempli de sa legitime. Plus, il y a l'exception par laquelle le donataire contre qui le legitimaire demande la réduction de ses donations pour avoir sa legitime, retient autant sur ses donations, qu'il luy en est dû pour sa propre legitime. Voilà les divers cas où la legitime a lieu.

6. De l'action en supplément, & de l'exception pour la legitime.

Le temps de la demander ne vient regulierement qu'aprés la mort de celuy qui la doit, & la

7. Du têps de deman-

der la legitime, legitime est une dette, dont on ne paye rien pendant sa vie, suivant la Loy *Cum quaeritur C. de inoffic. testam.* & la Loy *Donare 29. in fine ff. de donat.* Jusque-là qu'un fils ayant eu la temerité d'intenter une action contre son pere, pour avoir de luy par forme de legitime, un mariage competant, sous pretexte que le pere avoit pourvû deux de ses sœurs, non seulement il fut debouté de sa demande; mais la Cour luy imposa d'en demander pardon à son pere, & cela par l'Arrest du 19. Janvier 1583. rendu entre Pierre Rousseau appellant, & Guy Rousseau intimé, & rapporté par Maistre Anne Robert, livre 3. de ses Arrests, chap. 6. à quoy l'Arrest du Parlement de Bordeaux du 12. Mars 1603. rapporté par Monsieur Maynard, liv. 7. chap. 24. n'a rien de contraire: parce qu'il fut rendu sur des circonstances particulieres, & des offres que le pere fit au procés.

On a jugé quelque chose de semblable au profit du sieur de Némond, par Arrest du 4. Septembre 1685. rendu à l'Audience de la Grand'Chambre, sur les conclusions de Monsieur l'Avocat General Talon: Que sous pretexte d'une démission de biens frauduleuse, faite par les pere & mere, l'on ne pouvoit pas anticiper une demande de legitime contre une fille donataire: ce qui se presentoit en cette espece. Par le contrat de mariage du Sieur de Némond avec Damoiselle Marie Gilbert, fille du sieur Gilbert Procureur du Roy au Siege Presidial d'Angoulême, le sieur Gilbert & la Damoiselle sa femme, avoient promis à leur fille la somme de 50000. livres, pour le payement de laquelle le sieur de Némond avoit esté obligé de faire plusieurs poursuites. A la fin y ayant eu divers Arrests de condamnation, les pere & mere & les autres enfans, s'aviserent de ce dernier moyen pour éluder en partie l'execution de ces Arrests. Les sieur & Damoiselle Gilbert firent une démission de biens, en vertu de laquelle les enfans demanderent partage à la Dame de Némond leur sœur. Le sieur & la Dame de Némond soutinrent, que cette demande estoit anticipée: qu'il n'y avoit point d'ouverture de succession, puisqu'il n'y avoit lors ni mort naturelle, ni mort civile, & que l'état des affaires du sieur Gilbert estoit tel, que s'il y avoit ouverture de succession, il leur seroit aisé de se parer d'une demande en partage: parce qu'il n'y avoit point d'apparence qu'en ce cas ils dûssent accepter sa succession. Aussi les autres enfans appelloient alors partage, ce qui étoit une action revocatoire, & une demande de legitime; mais ils prenoient pour pretexte les dispositions de la Coutume d'Angoulême, laquelle en l'article 49. & en l'art. 51. défend d'avantager un des enfans dans les propres, au préjudice des autres: ainsi sous le titre d'une demande afin de partage, ils prétendoient une legitime coutumiere, c'est à dire, des reserves établies par la Coutume, disant, que comme il n'y avoit point de meubles, & que vraisemblablement les sieur & Dame de Némond ne s'exposeroient pas à payer les dettes, suivant la Coutume, pour obtenir le peu qu'il pouvoit y avoir de meubles, leur donation se devoit necessairement executer sur les propres: & qu'ainsi ils avoient droit de les partager avec eux, puisque les pere & mere n'en avoient pû disposer à leur profit. Et par l'Arrest, la Cour rejetta cette anticipation de legitime coutumiere, & debouta les enfans de leur demande, sauf à eux, aprés le decés de leurs pere & mere, de se pourvoir ainsi qu'ils aviseroient bon estre, défenses au contraire. Ainsi comme les Arrests cy-dessus rapportez avoient rebuté des demandes anticipées de legitime contre le pere encore vivant, celui-cy a condamné celle qui se faisoit du vivant des pere & mere contre une fille donataire, sous le pretexte d'une démission de biens.

8. Cas ausquels on a crû qu'un fils pouvoit demander prématurément sa legitime. Quelques-uns ont prétendu neanmoins, que quand il s'agissoit de sauver la vie d'un fils accusé, & de le tirer d'une mauvaise affaire, le pere pouvoit estre contraint de luy avancer sa legitime. Fernand sur le chapitre *in quartam praef. 2. cap. 2. num. 11.* Bened. *in verb. in eodem testam. 1. num. 215.* témoignant avoir vû Monsieur le Chancelier de Rochefort dans cette opinion, laquelle Chopin autorise aussi sur la Coutume d'Anjou, livre 3. chapitre 3. tit. 5. nomb. 12. Mais cela est aussi éloigné de l'usage, que de la disposition du Droit & de la Loy *26. ff. de poenis*: en matiere de crimes le pere n'étant jamais tenu de payer pour son fils, *tot. tit. C. ne filius pro patre*: & principalement quand le fils est pubere. Car on a quelquefois condamné le pere de l'impubere à quelque reparation civile, afin que le crime qui avoit paru, ne demeurast pas tout à fait impuni: ou parce qu'il y avoit eu de la negligence de la part du pere, Maistre Antoine Mornac sur la Loy *sed etsi 5. §. si impubes ff. ad leg. Aquiliam*, en rapporte un Arrest, dans l'espece duquel il y avoit eu de la faute du pere, d'avoir abandonné trop long-temps son fils à sa propre conduite; & il y en a même une disposition précise en l'article 611. de la Coutume de Bretagne. Et tout au contraire il y a un Arrest dans le Journal des Audiences en datte du 24. Janvier 1651. qui dans l'espece d'un accident subit & inopiné, arrivé par la seule faute d'un enfant, renvoya le pere absous.

Que si l'on a quelquefois condamné le pere ou la mere à payer la rançon de son fils, comme dans l'espece de l'Arrest du 4. Juin 1627. rapporté par du Fresne dans le même Journal: & d'un plus récent du 7. Février 1664. c'est un droit qui ne s'est établi qu'en faveur des Chevaliers de Malthe, sur le fondement que leur Ordre ne les rachete jamais, ☞ & que le pere qui engage son fils dans l'Ordre de Malthe, dont il sçait les usages, s'attend à le racheter, s'il est fait captif.

Il faut qu'il y ait eu quelque circonstance approchante dans l'espece de l'Arrest du 6. Aoust 1619. rapporté par Bardet, tom. 1. liv. 1. chap. 72. dans l'espece qu'un François nommé Doleau, trouvant captif à Alger un autre François nommé Pierre Boisseron, natif de la Rochelle, paya sa rençon, & l'amena en France, où il intenta action contre le pere, pour se voir condamner à luy rembourser cette rançon: à quoy le pere ayant esté condamné à la Rochelle, l'Arrest confirma la Sentence: mais quoique le pere allegua pour sa défense qu'il n'avoit point envoyé son fils en voyage, & qu'il s'estoit débauché & estoit sorti de la maison sans sa participation, qu'ainsi il avoit esté fait captif par sa propre faute; on jugea volontiers que le pere avoit donné les mains au voyage de son fils, dans lequel il avoit esté fait captif: car au surplus le Droit ne condamne point précisément le pere à racheter son fils captif, mais il se contente de l'y inviter en l'Authentique *Si captivi C. de Episc. & Cler.* & de donner d'autres seuretez à celuy qui rachete un captif, *l. 2. C. de postlim. revers.* ainsi cet Arrest peut avoir le même motif que ceux rendus pour la redemption des Chevaliers de Malthe: Outre que ce n'estoit pas à l'occasion d'aucun délit du fils, qu'on obligeoit le pere à cette anticipation de legitime; mais que le fils avoit perdu sa liberté en un voyage innocent: & il faut apporter un discernement exquis dans ces sortes de cau-

ses, pour faire sentir à propos aux enfans la pointe du châtiment qui est dû à leur libertinage, & ne pas aussi autoriser une dureté excessive de la part des peres.]

Que si le pere devenu veuf, & faisant profession en Religion, les enfans ont alors leur legitime dans l'un & l'autre droit, Vasq. *de success. pogr. lib. 1. §. 1. num. 45.* ce n'est point encore une anticipation de legitime, puisque la profession emporte la mort civile.

Enfin, nous n'observons point ce que quelques-uns ont prétendu, que le fils d'un Infidele étant converti à la foy avoit droit de demander sa legitime. Surdus *de aliment. 1. tit. qu. 4. num. 5.*

9. S'il faut estre heritier pour demander la legitime, & si le renonçant en doit estre exclus.

Il faut examiner à present quelles sont les conditions necessaires pour obtenir la legitime : & c'est icy que vient cette fameuse question, sur laquelle l'on dispute tant au Palais, de sçavoir, s'il faut estre heritier pour cet effet, ou si celuy qui a renoncé purement & simplement, peut estre admis à demander sa legitime sur la seule qualité de fils.

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative, & pour prouver qu'il faut estre heritier pour demander sa legitime.

Ceux qui soutiennent qu'il faut estre heritier se servent des principes que nous avons présupposez, que la legitime est une certaine portion de ce que l'on doit avoir dans la succession, *quarta legitima partis*, dit la Loy *Papinianus §. quoniam ff. de inoffic. testam.* d'où ils inferent, qu'il faut avoir la même qualité d'heritier pour cette portion, que pour le tout. Ils ajoûtent, que le renonçant accuse mal à propos le testament du défunt, d'estre inofficieux : puisque cessant le testament, il seroit encore exclus au moyen de sa renonciation, & qu'avant que d'estre reçû à intenter cette querelle, il se doit mettre en état d'en profiter, en se portant, au moins, heritier beneficiaire : parce que c'est alors seulement que les dispositions luy font préjudice. En effet, si un renonçant avoit fait infirmer le testament par la querelle d'inofficiosité, il n'en profiteroit pas; mais bien celuy qui se porteroit heritier. *Num ei prosit victoria : sed his qui habent ab intestato successionem*, dit la Loy *Posthum. 6. ff. de inofficioso testamento.*

10. Autoritez pour l'affirmative.

Enfin, ils citent pour eux la glose sur le chapitre *Raynutius extra de testam.* sur le mot *legitimam*, & l'opinion de Panorme sur le même texte, aussi bien que le suffrage de Maistre Guy Coquille, sur la Coutume de Nivernois, titre des donations, article 7. où il dit, que l'enfant qui prétend obtenir sa legitime, se doit au moins porter heritier à l'effet de sa legitime seulement : & l'on peut ajoûter à ces autoritez celle de Bacquet, chapitre 21. des Droits de Justice, nomb. 357. où il est dit expressément, que le fils qui veut demander sa legitime, ne doit pas renoncer; mais se doit porter heritier, *ut sit heres in legitima*; celle de Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynut. in verb. si absque lib. 2. de vulgari num. 61.* & celle de Maistre Jean Marie Ricard, lequel en son Traité des Donations, partie 3. chapitre 8. section 5. estime, que l'enfant se doit porter heritier beneficiaire à cet effet, & qu'aprés qu'il a fait reduire les donations en cette qualité, & qu'il a eu sa legitime, il peut renoncer à la succession beneficiaire, & conserver neanmoins les biens qui luy auront esté ajugez pour sa legitime, pourvû qu'ils ne soient point affectez & hypotequez aux dettes des creanciers anterieurs aux donations : car en ce cas, dit-il, ces creanciers n'auront aucun sujet d'envier au legitimaire ce qu'il a obtenu contre des donataires, dont le titre étoit anterieur à leur creance, & contre lesquels ces creanciers n'auroient jamais pû rien obtenir; mais cette ouverture de Maistre Jean Marie Ricard est bonne, quand il n'y a point de biens extans, & que le legitimaire se doit pourvoir necessairement sur des donations, qui sont les seuls biens pour remplir sa legitime. Que s'il y a des biens extans, je ferois difficulté de luy permettre de renoncer à ces biens pour se pourvoir sur les seules donations, parce qu'un heritier legitimaire, comme toute autre sorte d'heritier, doit l'estre de tout ce qui doit remplir sa legitime : & dés qu'il met necessairement la main sur les biens extans, il est sujet aux dettes, comme un demi heritier, c'est à dire, pour une demi-part afferente, sa legitime n'estant que la moitié d'une part d'heritier, & il ne faut point objecter que le creancier qui luy fera cette exception, excipera du droit d'un tiers, qu'il n'appartient qu'au seul donataire, d'alleguer au legitimaire, qu'il doit suivre l'ordre de la perception de la legitime : car le creancier n'excipe point en cela le droit d'autruy : puisqu'il a interest que celuy qui est *heres in legitima*, le soit de ce qui doit composer sa legitime, & d'abord des biens extans, ce qui l'assujettit aux dettes.

Raisons pour la negative.

Ceux qui estiment qu'il est inutile d'obliger le fils de se porter heritier legitimaire, disent que la legitime appartient aux enfans à titre singulier, que c'est un benefice de la Loy, comme il a esté dit cy-dessus, & que c'est même une creance particuliere, *debitum bonorum subsidium*, dit la Loy *Si totas 5. C. de inoffic. donat.* En second lieu, que les dettes passives ne se poursuivent point directement contre le legitimaire, & que celuy qui est institué pour sa legitime, n'a point le droit d'accroissement : En troisiéme lieu, qu'il y a des cas, où l'on ne se peut dispenser de donner la legitime au renonçant, comme lorsque l'on demande une legitime à un donataire, qui s'est tenu à son don, & a renoncé à la succession, & que ce même donataire a aussi droit de legitime. Car en ce cas, c'est un usage certain, que l'on permet à ce donataire la retention de sa legitime, nonobstant sa renonciation. Ils disent en quatriéme lieu, que les qualitez d'heritier legitimaire sont même incompatibles, quoiqu'on les veüille prendre pour des biens situez en diverses Coutumes, comme il a esté jugé par l'Arrest de saint Genest, du 13. Mars 1666. contre le sieur de saint Genest, qui prétendoit estre heritier & legitimaire dans les Coutumes de Bordeaux & de saint Sever, comme on peut estre heritier & legataire en diverses Coutumes. Raisons pour la negative.

Ils ajoûtent, que lorsque la legitime se prend sur des donataires, c'est un circuit que de faire porter le legitimaire heritier beneficiaire, à l'effet d'obtenir sa legitime, & de le faire renoncer ensuite à la succession beneficiaire, & qu'il n'est pas regulier, non plus, de le faire porter heritier legitimaire, suivant l'avis de Maistre Guy Coquille : parce que la qualité d'heritier ne se divise point, & ne souffre point d'autre limitation, que celle de la Loy *Sancimus C. de jure delib.* & du benefice d'inventaire : Que sans ce benefice celuy qui s'est dit une fois heritier, est heritier pur & simple, & demeure toûjours he- 11. Raison principale pour la negative.

ritier : Qu'ainsi il est plus expedient de recevoir les enfans à demander leur legitime en vertu du seul titre de leur naissance, & de la disposition de la Coutume, ce qu'ils appuyent de l'autorité de Maistre Charles du Molin, en son conf. 35.

12. Autoritez pour la negative.

nomb. 15. & 16. où aprés avoir formé la difficulté, il la resout en ces termes. *Sed hoc non obstante dicendum, has neptes posse abstinere ab hereditate, & solam legitimam, vel ejus suplementum petere.* Enfin, ils alleguent un Arrest du 3. Decembre 1642. rendu entre les enfans & les creanciers de Vaulte Notaire, plaidans Maistres Deffita, Grillon & Hebert, qui a jugé que la seule qualité d'enfant suffisoit, & qu'il n'étoit point necessaire de se dire heritier pour obtenir sa legitime.

Resolution qu'il faut estre heritier.

Resolution qu'il faut être heritier.

Pour moy, qui estime qu'il n'y a rien de plus dangereux, que de s'éloigner des regles ; parce que cette liberté que l'on se donne, est sans bornes & sans limites, & qui d'ailleurs suis fortement persuadé, que la legitime est une portion de la succession *ab intestat*, qui a dû estre laissée au legitimaire, *quarta legitimæ partis*, dit cette Loy *Papinianus ff. de inoff. test.* & non pas une quotité dans les biens, comme une plus grande portion d'aîné dans les fiefs : Je ne puis aussi adherer à l'opinion de ceux qui croyent, qu'il suffit d'estre fils, pour pouvoir demander sa legitime, & qui traitant la legitime, comme un simple retranchement de l'Edit des secondes nôces, qui se donne aux enfans comme enfans, croyent que celuy qui a renoncé purement & simplement, y peut estre admis, quoiqu'il ne puisse plus intenter la querelle d'inofficiosité, n'ayant plus interest de faire infirmer le testament ou les donations, & de faire ensorte que la succession *ab intestat* ait lieu ; & j'estime, que quiconque veut avoir sa legitime, doit se dire heritier legitimaire, & par consequent devient sujet aux dettes, principalement s'il trouve des biens extans dans la succession.

13. Argument pour l'affirmative, tiré de ce que la legitime doit être laissée à titre d'heritier.

En effet, si l'on considere que tout le monde a condamné *Irnerius* d'avoir tiré l'Authentique *novissima C. de inoff. test.* de la Novelle 18. au lieu qu'elle devoit estre tirée de la Novelle 115. chap. 3. qui est le dernier Droit, selon lequel la legitime ne doit pas estre laissée *quocumque titulo*, comme dit cette Authentique, mais à titre d'institution, qui pourra croire que le Droit oblige de laisser la legitime à titre d'institution, & qu'en même temps, il soit permis de renoncer avant que de demander sa legitime ?

14. Autre tiré de ce que le legitimaire est saisi.

En second lieu, pour ce qui regarde nôtre Droit coutumier, n'est-ce pas un principe que le legitimaire est saisi de plein droit de sa legitime, qu'il peut demander partage, selon Maistre Charles du Molin, sur l'art. 3. du titre 18. de la Coutume de Berry ; ce qui marque qu'on l'a toûjours présupposé heritier.

15. Autre tiré de diverses pratiques de la legitime.

En troisiéme lieu, l'imputation qui se fait sur la legitime, n'est-elle pas un veritable rapport entre coheritiers : les corps hereditaires, qui se fournissent pour la legitime : le jet des lots qui se pratique avec le legitimaire ; la garantie active & passive qui a lieu entre luy & les autres heritiers, tout cela ne justifie-t-il pas parfaitement que le legitimaire est un veritable heritier ?

16. Autre tiré de l'exemple de la quarte de l'arrogé impubere.

D'ailleurs, nous voyons dans la matiere des adoptions, qu'encore que l'arrogé impubere ait droit de demander une quarte par la disposition de la Loy, & le benefice de l'Empereur Antonin, neanmoins une renonciation pure & simple l'en auroit exclus : & dans nos Coutumes un heritier ne seroit pas reçû à demander les quatre quints des propres qui sont un autre legitime coutumiere, s'il avoit renoncé purement & simplement à la succession : parce que la renonciation met l'adopté & l'heritier collateral hors d'état d'obtenir sa quarte & ses quatre quints, ces reserves n'ayant esté faites que pour ceux qui se declareroient heritiers, & comme on auroit sujet d'exclure l'arrogé impubere, qui commenceroit par une renonciation pure & simple, & puis demanderoit sa portion legitime, ou l'heritier qui dans nos Coutumes commenceroit de même par renoncer, pour demander ensuite les quatre quints, en leur disant que leur renonciation leur a ôté la seule qualité en vertu de laquelle ils pouvoient réüssir dans leurs demandes ; aussi dans l'espece dont il s'agit le renonçant doit être consideré comme un étranger & c'est pour cela que ses enfans ne peuvent pas venir à la succession par droit de representation : ainsi il doit estre exclus de sa legitime, tandis qu'il persiste en sa renonciation.

17 Autre tirée des reserves coutumieres.

L'on voit encore dans la matiere des fiefs, qu'un fils ne peut pas obtenir le fief de son pere, quoiqu'attaché aux mâles, sans estre son heritier, suivant le chap. 1. *an filius vel agn. in usib. feud.* De plus, dans les fideicommis, lorsque l'heritier institué refusoit de se porter heritier, & que le fideicommissaire l'obligeoit d'accepter la succession à ses risques, perils & fortunes, alors l'heritier n'avoit plus droit de retenir sa quarte Trebellianique : parce qu'il y avoit en quelque façon renoncé, en demandant ainsi un garant, suivant la Loy 4. *ff. ad Trebell.*

18. Autres tirez de la matiere des fiefs, & de celle des fideicommis.

D'ailleurs, il est certain qu'aujourd'huy l'on ne se contente pas de donner à l'aîné sa legitime naturelle ; mais qu'on la luy donne avec préciput, ce qui montre qu'on ne l'y admet pas seulement comme enfant, mais comme heritier. Et c'est la seule difference que l'on puisse alleguer pour dire, que l'aîné legataire universel fait part avec préciput dans la legitime ; & non pas dans le doüaire de ses puisnez.

19. Autre tiré de la legitime de l'aîné.

Il est encore constant, que le donataire, le legataire, & l'heritier *ab intestat*, sont tous préferables au renonçant, comme l'on voit dans la matiere de l'Edit des secondes nôces, que, quoique pour profiter du retranchement de l'Edit, il n'est point necessaire d'estre heritier, suivant l'Authentique *heres*, & le §. *extantes* de la Loy *hac edictali C. de secundis nupt.* neanmoins des freres heritiers excluent un frere renonçant de ce même retranchement : ce qui sera établi dans le Chap. de l'Edit des secondes nôces ; parce qu'en consequence de sa renonciation, ils l'auroient exclus de tous les biens de la mere, si elle ne s'étoit pas remariée, comme il est vray de dire, que s'il n'y avoit point de legs ni de donations, le renonçant auroit esté entierement exclus, & qui ne doit profiter de la dissipation de ses parens, non plus que l'autre, du second mariage de sa mere.

20. Autre tiré de l'Edit des secondes nôces.

Aussi voit-on, que la renonciation étant necessaire pour parvenir au doüaire, dés qu'un enfant a accepté le doüaire de sa mere, quoiqu'il n'y trouve pas son compte, comme dans la legitime, il n'a plus de retour à la legitime, qui le suppose heritier.

21. Autre tiré de la matiere du doüaire.

D'ailleurs, outre les Auteurs qui ont esté citez cy-dessus, il y a des Coutumes qui s'en expliquent, 22. Coutumes qui

présupposent qu'il faut estre heritier pour avoir sa legitime. comme la Coutume de Chartres, qui dit en l'article 82. *pourvû que les enfans heritiers dudit testateur ne soient privez & fraudez de leur legitime*; & celle de Montargis, laquelle en l'art. 10. du tit. 11. use aussi de ces termes, *& si la donation est immense & excessive, les enfans heritiers du testateur la peuvent quereller, selon disposition de droit*: & même Maistre Charles du Molin a esté de cet avis, & c'est une des Notes manuscrites qu'on luy impute sur l'article 125. de la Coutume de Paris, nombre 1. & ce qui est plus considerable, il a suivi cette opinion dans un de ses conseils de Dôle, qui est le 36. nombre 15.

23. Arrest de saint Vast. Enfin, il y a un préjugé dans l'Arrest de saint Vast, du 3. Decembre 1642. rapporté dans le liv. 4. du Journal des Audiences, chap. 5. qui autorise nôtre avis: puisque l'on n'ajugea par cet Arrest la legitime à Marie de saint Vast, fille majeure, qu'aprés qu'elle eût pris des Lettres contre la renonciation par elle faite à la succession de son pere. Car elle avoit renoncé pour obtenir le doüaire de sa mere, dans lequel elle n'avoit pas trouvé son avantage; & l'Arrest en enterinant les Lettres contre la renonciation, luy ordonne la délivrance de sa legitime, & juge d'ailleurs que cette legitime se devoit prendre sur des biens, sur lesquels les creanciers n'avoient point d'hypoteque, que l'acceptation que faisoit cette fille legitimaire de la succession de ses pere & mere sous benefice d'inventaire, luy donnoit lieu de profiter de sa legitime, sans qu'elle fût exposée à la poursuite des creanciers, & qu'enfin, la legitime se prend aussibien sur des deniers mobiliers donnez pour cause de dot, que sur des immeubles donnez pour toute autre cause. Voilà ce qui a esté jugé par cet Arrest.

Réponse aux Objections.

24. Que la Coutume qui défere quelque chose *titulo singulari*, n'exempte pas de se porter heritier. La premiere objection de ceux qui soûtiennent le parti contraire, qui se réduit à dire, que la legitime des enfans leur est donnée à titre singulier, est aisée à refuter: car il y a bien des choses qui sont données à titre singulier, & qui requierent neanmoins que l'on ait la qualité d'heritier: par exemple, l'usufruit des propres naissans, qui appartient aux ascendans dans la Coutume de Paris, & l'usufruit de tous les propres, qui leur est donné par la Coutume d'Anjou, comme aussi le droit de reversion, de même le droit d'exclusion, que l'on accorde aux mâles pour les fiefs dans les successions collaterales: car tous ces droits présupposent la qualité d'heritier.

25. Comment la legitime est une creance. Et pour ce qu'ils allequent que la legitime est une creance, sous pretexte que la Loy *Si totas C. de inoff. donat.* l'appelle *debitum bonorum subsidium*: la réponse est, que la legitime est une creance, par rapport au droit naturel: Et c'est pour cela que la Loy unique *C. de impon. lucrat. de script.* dit, que *sub liberalitatis nomine, debitum naturale persolvitur*: mais que par rapport au Droit Civil, ce seroit une creance bien irreguliere: puisque tous les creanciers, tant chirographaires qu'hypotequaires sont préferez au legitimaire sur les biens de la succession; mais que sur les biens immeubles qui ont esté donnez avant que les dettes ayent esté contractées, & sur les meubles que le défunt a donnez de son vivant, le legitimaire y vient, quoique nul des creanciers n'y ait aucun droit.

26. Que le legitimaire est sujet aux dettes. La seconde objection n'a pas un fondement veritable: car s'il n'est pas ordinaire de voir poursuivre un legitimaire pour le payement des dettes passives, c'est parce qu'on ne luy fournit ordinairement sa legitime, qu'en se chargeant de toutes les dettes; mais cela n'ôte pas aux creanciers les actions personnelles & hypotequaires, qu'ils peuvent avoir contre luy, & souvent même il survient de nouvelles dettes, pour lesquelles les creanciers s'adressent indistinctement sur tous les biens, & contre tous les heritiers & legitimaires; mais dans la Coutume de Paris un legitimaire ne peut estre poursuivi personnellement que pour sa part afferante dans la succession en qualité de legitimaire, c'est-à-re, comme un demi heritier: Que si un pere ayant institué plusieurs heritiers universels, & son fils en particulier pour sa legitime, il n'y a point en ce cas de droit d'accroissement au profit du fils, lorsqu'un des heritiers instituez renonce à la succession, c'est parce que dés que le fils est institué pour sa legitime, il fait part sans attendre le concours, quoique si tous les autres instituez venoient à renoncer, le legitimaire seroit seul & unique heritier, & profiteroit seul de tous les biens de la succession: à l'exemple de ce qui est défini pour celui qui est institué *pro re certa*. 27. De l'accroissement quand le fils est institué heritier pour sa legitime.

La troisiéme objection se détruit aussi facilement: car il est bien vray que l'enfant donataire, contre lequel son frere demande sa legitime, a droit de retenir la sienne propre, quoiqu'il ait renoncé à la succession; mais c'est par la voye de l'exception, comme estant déja saisi des biens en vertu d'un titre legitime: Or il est trivial dans le Droit, que tel qui n'auroit pas d'action pour exiger, ne laisse pas d'avoir l'exception & le droit de retention. Decius conf. 257. *ubi Molin.* 28. De la retention de la legitime par le donataire renonçant, & poursuivi pour la legitime des autres.

La quatriéme objection, qui va à dire, que c'est un circuit que d'obliger le legitimaire de se dire heritier beneficiaire, & de le faire ensuite renoncer à la succession beneficiaire, est importante, à cause du suffrage de plusieurs, qui s'arrêtent moins à ce qui est de simple formalité, ausquels je répondray en un mot, que tout est permis dés qu'on se donne la licence de sortir des regles: que d'ailleurs, comme ils ne sont pas seuls de leur sentiment, & qu'il s'en trouve d'autres qui s'attachent inviolablement aux maximes, il est beaucoup plus seur de suivre l'avis qui vient d'estre établi: puisque dans un partage d'opinions, le parti qui est fondé sur la rigueur des regles & des maximes de Droit, doit prévaloir: & qu'enfin, ils sont souvent obligez eux-mêmes de faire ce circuit, qu'ils apprehendent: puisqu'aprés avoir conseillé au legitimaire de renoncer à la succession, ils en viennent souvent à une demande en restitution, dont le succés n'est pas toûjours certain: & d'autre fois soûtenant leur opinion jusques-à la fin, & se fondant sur la qualité d'enfans, sans refléchir sur la force & la vertu de la renonciation, ils ont fait perdre une legitime, qui est le droit du monde le plus favorable. Que si Maistre Charles du Molin, en son conf. 35. nomb. 15. & 16. a semblé favoriser l'opinion contraire, d'autre part il a adheré au conf. 75. du vol. 1. d'Alexandre, où il dit, nomb. 6. *filius cui delata est hereditas patris, non potest consequi legitimam ex hereditate repudiata*. 29. Réponse à l'objection du circuit.

Aprés avoir répondu à ces objections, il faut convenir qu'il semble rester une difficulté dans l'opinion qui vient d'estre établie: car si l'on donne au legitimaire le retranchement sur les donations anterieures aux dettes, en le faisant porter heritier beneficiaire, & qu'on le fasse renoncer

noncer aprés cela à la succession beneficiaire, les creanciers pourront fort raisonnablement objecter, qu'en le considerant en ce cas comme heritier, on doit l'obliger aux dettes, & en le considerant comme renonçant, on luy doit refuser le retranchement. Ils pourront ajoûter que si on luy devoit laisser en ce cas le retranchement des donations anterieures aux dettes, il ne coûteroit pas plus de luy laisser aussi les biens extans jusqu'à concurrence de sa legitime, sans la charge des mêmes dettes : car ou il ne peut avoir aucun profit dans la succession sans payer les dettes; ou si on luy donne quelque chose pour sa legitime sans charge de dettes, on ne luy doit pas moins donner les biens extans francs & quittes, que le retranchement des donations.

La réponse à cet argument servira à développer de plus en plus la matiere, & à montrer que dans le cas où il n'y a point de biens extans, il faut que le legitimaire se dise heritier beneficiaire, & qu'il suive l'avis de Maistre Jean Marie Ricard.

En effet, il faut déja faire une grande difference entre le cas où l'on suppose qu'il n'y a point du tout de biens extans, & le cas où l'on suppose qu'il y en a. Car s'il n'y a point de biens lors du decés, le legitimaire a pour luy cette raison d'équité, que s'adressant à des donations anterieures aux dettes, & n'y ayant point d'autres biens, il ne fait aucun préjudice aux creanciers, qui ne luy doivent point envier qu'il fasse retrancher à son profit des donations sur lesquelles ils n'ont aucun droit, l'équité & la faveur de la legitime semblent autoriser cela. Que si cela se fait par une espece de circuit, le legitimaire obtenant ce retranchement comme heritier beneficiaire, & renonçant ensuite à la succession beneficiaire, pour ne pas demeurer obligé aux dettes, il ne faut considerer en tout cela que l'objet du legitimaire, qui est innocent, au respect des creanciers, & qui ne diminuë rien de leurs droits.

Que s'il y a des biens extans, c'est à dire, des biens un peu considerables, (car en termes de Droit on n'a pas d'égard à des biens qui n'en meritent pas la peine. *Parum & nihil æquiparantur, L. quamvis ff. de condit. & demonstrat.* comme il sera plus amplement établi en ce même liv. chap. 4. nomb. 38. & 39.) en ce cas le legitimaire, qui est obligé de se dire heritier, ne pourra pas les laisser & les abandonner aux creanciers pour s'attacher seulement au retranchement des donations : En effet, celuy qui est une fois heritier, le doit estre de tout ce qui luy est déferé par la Loy, dont il ne peut pas accepter une partie en renonçant à l'autre. Ainsi il faudra qu'il reste heritier, ou sa renonciation à la succession, quoiqu'il l'ait acceptée auparavant sous benefice d'inventaire, le privera non seulement des biens extans, mais encore du profit qu'il esperoit tirer du retranchement de ces donations.

Cette distinction du cas où il n'y a point de biens extans, & du cas où il s'en trouve, ainsi établie, comme estant fondée en beaucoup d'équité, sert à persuader qu'il n'est pas à propos dans le cas qu'il n'y ait point de biens extans dans la succession, de faire demander au legitimaire sa legitime, en qualité d'enfant, ou d'enfant legitimaire seulement; mais qu'il le faut produire avec la qualité d'heritier beneficiaire, & aprés qu'il a obtenu son retranchement, qu'il le faut faire renoncer à la succession.

En effet, si on ne luy donne que la seule qualité d'enfant, ou d'enfant qui poursuit sa legitime, quelle raison y aura-t-il de ne le pas admettre aussi aux biens extans, principalement à l'égard des meubles, dans le cas qu'il y en a, puisque l'on suppose qu'il peut avoir sa legitime sur cette seule qualité d'enfant : ainsi on aura trouvé le moyen de soustraire les biens de la succession au payement des dettes. Donc cette opinion prouve trop, & cela la doit faire rejetter. Il est vray que ceux qui la soûtiennent pourront dire qu'ils n'ont garde de donner les biens extans au legitimaire, parce qu'on ne le pourroit faire qu'au préjudice des creanciers; mais on leur répond, que s'ils donnent au legitimaire sa legitime en qualité d'enfant, ou d'enfant legitimaire, il la faut donner selon l'ordre de Droit, & commencer par luy faire épuiser les biens extans, lorsqu'il y en a, sans crainte de l'exposer aux dettes, puisqu'on ne le suppose point heritier. Car diront-ils qu'il a sa legitime en qualité d'enfant, lorsqu'il n'y a point de biens extans dans la succession, & que quand il y en a, il ne prenne pas ces biens extans en déduction de sa legitime, dés que la legitime est dûë à la seule qualité d'enfant, & que c'est une distraction pour laquelle il ne faut point estre heritier, l'on peut prendre de tous biens sujets à la legitime, même de ces biens extans, sans estre tenu des dettes. Or l'on ne tombe point dans ces absurditez en se tenant aux regles, & en supposant qu'il faut estre heritier pour avoir sa legitime. Car s'il y a des biens extans, l'on oblige le legitimaire à les prendre, ou à renoncer à tout retranchement de legitime; & s'il n'y en a point, on le fait porter heritier beneficiaire, pour se venger sur les donations; & aprés qu'il a obtenu son retranchement, on le fait renoncer à la succession beneficiaire. Il est vray qu'il se trouve en cela quelque circuit; mais cela est bien moins dangereux que d'établir des maximes contraires au Droit, & qui vont à frustrer les creanciers des meubles extans.

☞ Il s'est formé une derniere opinion au Palais, qui consiste à dire que le legitimaire peut s'adresser directement aux donataires, quoiqu'il y ait des biens dans la succession *ab intestat*, lorsqu'il se trouve que ces biens extans sont absorbez par les dettes : ce qui ne l'obligera point au payement des dettes; & comme cette opinion est un dénoüement de la question, il est à propos de l'examiner. Opinion moderne.

Que les biens extans consommez par les dettes, n'obligent point le legitimaire au payement des dettes.

La raison de cette opinion est, que les biens extans ne se doivent point considerer, quand ils sont consommez par les dettes : parce qu'il est égal au legitimaire, qu'il ne se trouve point de biens aprés le decés, ou qu'il ne s'en trouve que pour les creanciers, ausquels ils ne suffisent pas même : parce qu'en l'un & l'autre cas la succession est vuide de biens, & le legitimaire n'en peut tirer aucun profit. Aussi c'est une pure subtilité de dire que les biens qui sont consommez par les dettes, empêchent le legitimaire de profiter du retranchement des donations anterieures aux dettes. Et ou il faut ôter au legitimaire ce retranchement des donations anterieures aux dettes, auquel neanmoins tout le monde donne aujourd'hui les mains; ou il faut dire qu'il a lieu quand il y a des biens extans, que les creances absorbent. Car il n'y a point de successions, où il n'y ait au moins

quelques meubles. Ainsi pour donner lieu à ce retranchement, il faut dire qu'il a lieu quand ces meubles ou autres biens extans sont consommez; sinon qu'il n'a point lieu, & que le legitimaire devient heritier, & rapporte son retranchement même aux creanciers. On peut aussi appliquer ici la maxime ordinaire, que *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*, qui fait passer pour rien ce qui se trouve de biens dûs aux creanciers: laquelle se considere même dans l'ordre de l'exaction de la legitime, selon lequel on n'imputera pas les biens extans au legitimaire, quand ils se trouvent enlevez par les creanciers: d'où il suit qu'ils ne doivent pas luy nuire, pour l'assujettir aux dettes qui restent à payer en qualité de demi heritier, & hypotequairement pour le tout, si le retranchement des donations anterieures se fait sur des immeubles.

Que si on objecte que le legitimaire est saisi des biens extans, qui passent par son canal, avant d'estre employez au payement des dettes, le legitimaire peut répondre qu'en matiere de legitime, on ne considere que les choses dont le legitimaire est saisi avec effet: parce que quoiqu'il soit un demi heritier, on ne le traite pas avec toute la rigueur des autres heritiers: c'est ainsi qu'on le releve aisément de sa renonciation, quand il ne demande cette institution qu'à l'effet de parvenir à sa legitime: c'est ainsi qu'on tient que si depuis la délivrance de la legitime, il survient des dettes inopinées, il sera bien obligé de rapporter ce qu'il aura eu pour sa legitime, mais non pas de payer audelà de ce qu'il aura eu: aussi le legitimaire ne rapporte pas ce qui à esté donné à ses enfans. Tellement que le legitimaire n'est pas tenu aux dettes, par la seule raison qu'il est saisi des biens, mais par la raison, & lorsqu'il en est saisi avec effet; parce que c'est un heritier extremement favorable. Enfin il y a un fameux Arrest au Palais, rendu en la troisiéme Chambre des Enquêtes, au profit de la Dame de Monmor, contre Madame d'Estrées & Consorts, le 1685. qui a ainsi jugé la question.

Que dès qu'il y a des biens extans, le legitimaire est tenu des dettes.

Les creanciers soûtiennent au contraire que le legitimaire estant heritier, l'est avec effet dés qu'il y a des biens dans la succession *ab intestat*, sans considerer si ces biens sont consommez ou non, parce que le nom d'heritier *est nomen juris*. En cela on traite encore assez favorablement le legitimaire, puisqu'en autre matiere on est heritier sans biens, au lieu qu'ici on veut qu'il y ait des biens extans pour considerer le legitimaire comme heritier, c'est à dire pour juger qu'il ne peut pas retrancher les donations sans payer les dettes.

Le legitimaire ne peut pas changer l'ordre de l'exaction de la legitime, selon lequel on considere d'abord les biens extans: à la verité on ne luy impute pas précisément ces biens extans, quand il n'en profite pas, & que les dettes du défunt les absorbent; mais cela n'empêche pas que ces biens luy soient d'abord destinez, & que ce ne soit par ses mains que les dettes doivent estre payées. Il est saisi avec effet des biens extans, jusque-là, qu'avant toute saisie & arrest il en peut disposer, sauf à répondre aprés aux creanciers. Il peut toucher le prix des meubles vendus aprés un inventaire; il peut disposer des immeubles extans, & les creanciers n'ont aprés cela que la simple declaration d'hypoteque sur les immeubles, sans pouvoir débattre la vente de nullité. Quand ce legitimaire se sera ainsi emparé des biens avec inventaire, il sera tenu des dettes, non comme un demi heritier, mais comme un unique heritier, jusques à concurrence des biens dont il se sera emparé: & pour n'estre pas tenu indéfiniment, il a même besoin de restitution contre son addition d'heredité, parce qu'il est un vray heritier. Et il n'est consideré que comme un demi heritier, qu'au seul cas qu'il y ait avec luy un heritier institué, & qu'il survienne des dettes inopinées aprés qu'il a touché sa legitime: hors ce cas, & quand il n'y a que des donataires entrevifs & un legitimaire, celuy-cy s'étant saisi des biens extans, paye les dettes, au moins jusqu'à concurrence, non comme un demi heritier: parce que tant qu'il y a des biens de la succession, ils doivent être épuisez pour les dettes.

Enfin on a déja porté assez loin la faveur de la legitime, en jugeant que le legitimaire peut s'attaquer aux donations anterieures aux dettes, quand il n'y a point de biens extans, sans juger encore qu'il le peut, au cas même qu'il y ait des biens extans, sous pretexte qu'il y a des dettes qui les absorbent. Puisque c'est former un heritier à l'effet seulement d'inquieter les donataires, en abandonnant les biens extans, qui font le fond de la succession, & ne satisfaisant point aux dettes; ce qui paroist fort irregulier: car par ce moyen on reduit l'effet du titre universel au retranchement d'un titre particulier, & on luy ôte les biens extans & la charge des dettes passives, ce qui est faire un titre universel qui soit particulier.

Pour dire mon avis, il est bien certain que si on s'attachoit à l'exactitude des regles, il faudroit suivre ce dernier parti; mais ceci est un des cas où on fléchit les regles en faveur de la legitime. Ce qui est d'autant plus necessaire, qu'autrement il faut renoncer à donner jamais de legitime quand il reste des dettes, parce qu'il n'y a point de succession où il n'y ait au moins quelques petits meubles qui passent pour des biens extans. Il faut donc répondre en ce cas, que le legitimaire ne laissera pas d'avoir son retranchement sur les donations anterieures, pourvû qu'il ne trouve aucun revenant-bon des biens extans: car s'il y en avoit, il seroit obligé de les prendre, & par là devroit répondre aux dettes.

Que si les meubles extans estoient consommez par les frais funeraires, passeroient-ils pour biens extans que le legitimaire devroit prendre dans la succession *ab intestat*, ensorte qu'il fût obligé aux dettes; je conclurois en ce cas pour l'affirmative, si ces meubles étoient un peu considerables, car la pompe funebre n'est pas chez nous une mediocre dépense; mais c'est une dette des vivans, & non pas des morts: ainsi les meubles acquittent encore le legitimaire d'une dépense qui luy est particuliere, & par laquelle il s'épargne, à grands frais, la vûë d'un funeste objet. Et il n'en est pas moins obligé aux dettes. Autre chose est de quelques petits meubles peu considerables: parce que *in toto jure parum & nihil æquiparantur. L. quamvis ff. de condition. & demonstrat.*]

La seconde question est de sçavoir, si les enfans du renonçant peuvent prétendre une legitime sur les biens de leur ayeul: Et il faut conclure en general, que toute renonciation, soit à succession future, soit à succession échûë, qui est faite *aliquo dato*, & moyennant un certain prix & une certaine recompense, exclut les enfans du renonçant, de pouvoir demander aucune part dans la succession; non pas même à titre de legitime: & comme les renonciations à succession future ne peuvent jamais estre gra- 30. Si les enfans du renonçant peuvent prétendre une legitime sur les biens de leur ayeul.

tuites, il s'ensuit que les enfans de la fille, qui a ainsi renoncé, ne peuvent rien prétendre sur les biens de leur ayeul. Et pour ce qui concerne les renonciations gratuites qui sont faites à des successions échûës, elles empêchent aussi les enfans du renonçant de venir à la succession, & de demander leur legitime : parce qu'en directe, où la legitime a lieu, l'on ne vient jamais que par representation, non pas même en degré égal : Or l'on ne represente jamais un homme vivant, selon la Loy *Si qua pœna ff. de his qui sunt sui vel alieni juris*, & la Loy 2. §. *non solum ff. de excusat. tut.* à quoy est conforme la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 241. de la Coutume du Maine. Ainsi le renonçant n'estant mort ni naturellement, ni civilement au temps de sa renonciation, & remplissant son degré, fait obstacle à ses enfans, & pour la legitime, & pour la succession, si ce n'est qu'il soit fils unique : auquel cas ses enfans ne venant en aucune façon par representation, ils peuvent estre heritiers, & demander leur legitime. D'où il resulte, que presque toutes les renonciations excluent les enfans.

31. Cas où les enfans du renonçant viennent à la succession de leur ayeul.

32. Objection en faveur des enfans du renonçant.

Lorsque l'on refléchit neanmoins sur cette décision, & sur tout ce que nous avons dit à ce sujet dans le chapitre de la succession des descendans, il se presente une difficulté, que pour faire que les collateraux du renonçant profitent de sa part afferente en sa succession, il faut qu'il soit censé mort, & qu'il cesse de remplir son degré : Que si cela est, il semble qu'il est aussi juste d'appeller ses enfans avec leurs oncles ou leurs cousins germains, que de faire que ces oncles ou ces cousins germains profitent seuls de la succession de l'ayeul : & même il est des regles, que n'y ayant plus personne dans le premier degré, le second vienne à la succession, c'est à dire, tous les petits-fils de quelque branche qu'ils soient.

33. Réponse à cette objection.

La réponse est, que pour faire profiter le frere ou les neveux du renonçant de sa part en la succession, il n'est besoin que d'une seule fiction, qui est que l'on considere le renonçant comme n'ayant jamais esté : ce qui fait que les freres ou les neveux sont saisis de plein droit d'une plus grande portion, & cela, par l'effet retroactif de la renonciation ; mais que pour faire que les enfans du renonçant viennent en sa place, il faut encore une autre fiction, qui est celle de la representation, sans laquelle des cousins germains ne peuvent venir entr'eux à la succession de leur ayeul : Et outre qu'il semble qu'il n'est pas regulier d'admettre ces deux fictions en un même sujet, l'on peut dire qu'elles ne peuvent pas compatir l'une avec l'autre. Car par la premiere le renonçant est reputé n'avoir jamais esté, & c'est l'effet retroactif de la renonciation ; & par la seconde, qui est celle de la representation, le renonçant seroit reputé avoir esté ; car c'est l'effet naturel de la representation, *qua eum qui obiit præsentem sistit*. Outre que la representation du renonçant n'est appuyée d'aucune autorité ; & qu'au contraire, quand les anciens Auteurs ont établi cette maxime, qu'il n'y a point de representation d'un homme vivant, ils ont entendu parler d'un homme vivant de la vie naturelle & civile, & ont desiré, afin que la representation eût lieu, que la personne representée eût au moins subi la mort civile : ce qui se peut voir dans cette décision 282. de Maistre Jean des Mares, qui est conçûë en ces termes : *Representation n'a pas lieu, vivant pere ou mere.* Or le renonçant n'est mort ni naturellement, ni civilement ; ainsi ses enfans ne peuvent venir par representation : & comme ils ne sçauroient venir autrement, ils doivent estre exclus tant de la legitime, que de la part afferente en la succession.

34. La representation du renonçant n'est appuyée d'aucune autorité.

35. S'il n'y a jamais de retour à la legitime pour la fille qui a renoncé par son contrat de mariage.

L'on n'a pas fait seulement difficulté à l'égard des enfans du renonçant, mais à l'égard du renonçant même ; & l'on a demandé pour une troisiéme question, si en de certains cas la fille qui a renoncé à toutes successions futures, directes & collaterales, & qui a reçû si peu de chose, eu égard & à l'état present des affaires de ses pere & mere, & à ce qu'ils ont laissé de biens aprés leur mort, que la stipulation d'une telle renonciation semble estre une veritable exheredation, ne pouvoit pas demander sa legitime aprés le decés de ses pere & mere : & il sera dit au livre 3. chapitre 8. des renonciations, sect. 1. nomb. 31. que la lésion de cette renonciation pourroit estre si énorme, & que le dessein d'exhereder pourroit estre si évident, qu'il y auroit lieu de restituer la fille mineure de sa renonciation à succession future ; & cela, sous les conditions qui vont estre dites. La premiere, que la fille eût esté mineure lors de sa renonciation. La seconde, que la lésion fût tres-énorme, eu égard à ce que le pere avoit d'acquis, & de bien sûr lors du mariage de sa fille : & par là j'entends parler d'un bien acquis dans une profession reglée, & qui d'ailleurs ne dépende pas de l'inconstance de la fortune. La troisiéme, qu'elle se pourvût par Lettres de rescision, parce qu'elle ne peut estre legitimaire tandis que sa renonciation subsiste. La quatriéme, qu'elle vinst dans un temps legitime, c'est à dire, dans les dix ans du jour de la succession échûë : car outre que le respect luy lie les mains pendant la vie du pere, & l'empêche d'intenter une action de cette nature, cette action auroit esté prématurée pendant la vie du pere : & en présupposant ces quatre conditions, j'estime qu'il y a lieu à la restitution & au supplément de legitime : Et c'est l'avis de Maistre Charles du Molin, sur les conseils d'Alexandre, liv. 3. cons. 29. & sur le 55. nomb. 8. & 9. & de Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. chap. 8. n. 976. Aussi il y a quelques-unes de nos Coutumes qui admettent la renonçante à la legitime, comme celle de Nivernois, chap. 23. art. 24.

36. *Quid* si le fils a accepté le legs à luy fait pour luy tenir lieu de legitime.

J'estime neanmoins qu'un pere ayant legué quelque chose à son fils, à la charge de ne pouvoir demander davantage, même pour sa legitime, & le fils ayant accepté le legs purement & simplement, il n'est pas recevable à demander le supplément de sa legitime, pourvû qu'il fût majeur lors de cette acceptation de legs : ce qui est fondé sur la Loy *Parentibus 8. C. de inoffic. testam.* qui dit : *Qui autem agnovit judicium defuncti, eo quod debitum paternum pro hereditaria parte persolvit, vel alio modo legitime satisfecit : etiamsi ei minus quam deberetur relictum est, si is major 25. annis est, accusare inofficiosam voluntatem patris quam probavit, non potest*, auquel texte il semble que l'on ait conformé l'article 50. du chap. 12. des successions de la Coutume d'Auvergne, comme Maistre Antoine Mornac l'a observé sur cette Loy, sur laquelle il conclut pour cette fin de non-recevoir contre le fils, qui a accepté un legs de cette nature ; ce qui peut encore s'appuyer d'un Arrest du 25. Septembre 1582. rapporté par Monsieur Loüet, sous la lettre L. nomb. 6. Quoique l'on juge la chose autrement dans les Parlemens de Droit écrit ; comme il se voit dans Monsieur de la Roche-

flavin, liv. 2. sous le mot d'*exheredation*, tit. 9. article 1.

57. Si l'on ne doit pas suppléer à la Coutume qui n'accorde aucune legitime. On propose une quatriéme question, sçavoir, s'il faut que la legitime soit fondée sur la disposition de la Coutume, & si une Coutume qui refuseroit absolument aux enfans leur legitime, devroit estre observée : Et cette question est double, s'agissant de sçavoir, si une Coutume peut ôter aux enfans leur legitime expressément, en permettant au pere de tout donner, ou en excluant les filles ou les puisnez de la succession de leur pere ; ou les exclure tacitement, comme en declarant l'aîné seul heritier. Et il semble qu'une Coutume peut ôter la legitime même expressément, & que le Droit Civil, qui regle la legitime, la peut départir à qui bon luy semble, & l'ôter aux filles & aux puisnez pour enrichir les mâles & les aînez, desquels principalement dépend la conservation du nom & de la famille. Aussi l'on voit que les causes d'exheredation, qui vont à priver un fils de sa legitime, estoient autrefois en bien plus grand nombre qu'elles ne sont aujourd'huy par le dernier Droit : ce qui est marqué dans la Novelle 115. chapitre 3. qui demeure d'accord qu'entre ces causes d'exheredation, qui avoient lieu par l'ancien Droit, il y en avoit de trop legeres, *quarum aliquæ nec dignæ nobis ad ingratitudinem visæ sunt :* Ainsi en un temps on a privé de la legitime ceux à qui on l'a conservée en un autre temps, & cette opinion est d'ailleurs appuyée par Alexandre Vol. *6*. conf. 234. nomb. *6*.

Cependant il y a plus lieu de suivre le temperamment proposé par Monsieur Boyer, décis. 188. nomb. *6*. que les Coutumes peuvent réduire, mais non pas ôter la legitime. De fait, nous ne voyons point de Coutumes qui en privent absolument les enfans. Les plus dures de toutes estant celles qui excluent les filles mariées de la succession, quand elles n'auroient eu qu'un chapeau de roses en mariage, & celles-là même ont crû que le mariage, qu'elles requierent estre avenant, c'est à dire convenable, tient lieu de legitime aux filles mariées. Aussi quoique Monsieur d'Argentré ait dit sur l'article 225. de la Coutume de Bretagne, qui a une disposition semblable, & qui porte, qu'encore que les filles mariées ayent moins de leur droit, elles n'en pourroient plus avoir. *Minus autem dat, & qui nihil dat*, il a marqué en la glose 5. sur le même article, qu'il est necessaire que le pere donne quelque chose de raisonnable. *Proinde*, dit-il, *in casu dubio justa est præsumptio sufficienter & pro merito dotatam, quæ à patre dotata est, sed tamen contrarii probatio admittenda est.*

Les autres Coutumes réduisent, mais n'abolissent pas la legitime des filles ou des puisnez; parce que c'est un droit naturel en son origine, & en sa substance, comme il est dit en l'Authentique *de hered. & falcid.* au §. 2. de la Preface, & c'est une des premieres regles du Droit, que la Loy Civile ne peut pas abolir ce qui a son fondement dans la Loy naturelle. C'est pourquoy il ne

58. Explication d'un Arrest pour la Coutume de Boulenois. se faut pas tromper à un Arrest du 14. Janvier 1625. qui est rapporté par Bouchel sur le mot *legitime*, par lequel il dit, que la Cour a jugé qu'en la Coutume de Boulenois, un pere pouvoit donner tout son bien à un de ses fils, & que les autres n'estoient pas recevables en ce cas à demander leur legitime. Car la Coutume de Boulenois dit bien en l'article 70. que l'aîné doit avoir les heritages patrimoniaux cottiers, c'est à dire, tenus en censive, & que les puisnez n'ont rien dans ces heritages, si ce n'est dans les familles nobles, où il leur appartient un quint sur ces mêmes biens ; mais en même temps l'article 72. dit, qu'à l'égard des meubles & acquests cottiers, ils se partagent également entre les enfans. Comme aussi cette Coutume donne aux puisnez le quint dans les fiefs ; ensorte qu'il est vray de dire, qu'elle donne aux puisnez leur part *ab intestat*, dans certaines especes de biens. Comme aussi l'article 88. dit, que chacun peut disposer de ses meubles & acquests sans le consentement de son heritier présomptif. L'article 89. dit, que l'on ne peut disposer que du quint de ses heritages feodaux, & l'article 92. ajoûte, que l'on peut donner à son heritier apparent tous ses propres, à la reserve d'un quint naturel aux puisnez: ensorte que la Coutume laisse toûjours un quint aux puisnez dans les propres & dans les fiefs. Que 59. Ouverture pour cette Coutume. s'il arrive qu'il n'y ait dans la succession d'un pere que des meubles & acquests roturiers, en ce cas, j'estime qu'il faudroit suivre l'exemple de ce qui est prescrit par l'article 70. de la Coutume de Bordeaux, qui aprés avoir assigné les conquests du premier mariage aux enfans du premier lit, & les conquests du second aux enfans du second, ajoûte cette condition, *pourvû que ceux qui sont nez d'un mariage, pendant lequel il n'a esté fait aucuns conquests, trouvent leur legitime dans les autres biens.* Ce qui se peut encore appuyer de l'exemple du droit d'aînesse dans les fiefs, auquel par une équité naturelle on préfere la legitime des puisnez, comme il est décidé par l'article 17. de la Coutume de Paris. En effet, l'esprit de la Coutume de Boulenois a bien esté de procurer le maintient des familles en avantageant l'aîné, & en luy donnant un préciput considerable ; mais non pas de luy donner tout le bien de la succession, & priver par ce moyen les enfans de leur legitime, qui a son fondement dans la Loy naturelle, à laquelle cette Coutume ne pouvoit pas déroger, suivant la Loy 8. *de reg. jur.* Et l'on doit toûjours expliquer une Coutume ou une convention, ensorte qu'elle ne contienne pas une injustice manifeste, suivant ce qui est marqué en la Loy *scire oportet 13. ff. de excusat. tut. sed etsi maximè verba legis hunc habeant intellectum ; tamen mens legislatoris aliud vult.* C'est ainsi que quand la femme s'est stipulée un doüaire sans retour, on présume que cette stipulation n'a esté faite que pour le cas qu'il n'y eût point d'enfans; & quand même on auroit exprimé le contraire, l'on ne laisseroit pas de donner le doüaire aux enfans, à qui il n'est pas permis d'ôter ; mais seulement de diminuer le doüaire coutumier. C'est pourquoy en ce cas, nonobstant la stipulation du doüaire sans retour, l'on oblige la veuve de donner caution. Et quand il arrive que le pere s'estant marié sans aucuns immeubles, il ne luy en vient par succession directe que depuis la mort de sa femme, alors plusieurs donnent le doüaire coutumier aux enfans sur ces biens par une interpretation favorable de la Coutume. C'est pourquoy il y a apparence que dans l'espece de cet Arrest rapporté par Bouchel, il y avoit quelques propres ou quelques fiefs dans la succession du pere, ce qui suffisoit pour empêcher que les enfans ne pussent demander une plus grande legitime ; parce que la quotité de la legitime est absolument en la disposition de la Loy, & que dans cette Coutume la legitime des puisnez doit estre présumée remplie, dés qu'il y a des propres ou des fiefs : parce qu'elle en a ainsi ordonné, & a prescrit ce partage entre les enfans. Car au surplus l'équité naturelle, les regles du Droit, l'autorité d'un article de la Coutume de Paris, qui est de nouvelle

reformation, & celle de Monsieur Boyer & de Maistre Charles du Molin, persuadent, qu'un statut qui ne pourvoit pas aux enfans pour leur legitime, doit estre interpreté favorablement, & que si la question se presentoit toute entiere pour la Coutume de Boulenois dans le cas d'une succession, dans laquelle il n'y auroit aucuns meubles ni acquests; mais seulement des propres tenus en roture, il y auroit lieu d'en ajuger le quint aux puisnez.

40. Objection tirée de la disposition des Coutumes d'Anjou & du Maine.

Quelqu'un objectera peut-estre, que les Coutumes de Tours, article 284. d'Anjou, article 241. & du Maine, art. 258. privent bien actuellement les filles nobles de leur legitime, lorsqu'elles les excluent des successions de leurs pere & mere, quoiqu'elles n'ayent eu qu'un chapeau de roses en mariage: pourvû qu'elles ayent esté mariées noblement & qu'elles ayent un parti sortable. Car, dira-t-on, un mariage d'ailleurs sortable pour la qualité, n'est pas toûjours la juste valeur d'une legitime, & quand il n'y a pas d'autre dot, c'est quelquefois une veritable exheredation. Mais il faut observer qu'il y a bien de la difference entre ces Coutumes qui veulent que l'établissement que le pere procure à sa fille luy tienne lieu de legitime, (ce qui avoit lieu dans l'ancienne Coutume de Paris, pour tous les enfans mariez de l'un & de l'autre sexe, comme il paroist par le procés verbal de la reformation de l'an 1510. sur l'art. 125.) & les Coutumes, qui comme celle de Boulenois donnant toute une espece de biens à l'aîné, privent tacitement les puisnez de leur legitime, au cas qu'il n'y ait que de cette espece de biens dans la succession du pere. Car si l'on expliquoit celles-cy à la rigueur, il s'ensuivroit une tres-grande absurdité, que des enfans n'auroient ni leur legitime, ni la valeur de leur legitime. C'est pourquoy il est à propos de faire cette interpretation favorable, & de suivre ce temperamment d'équité que conseillent Bartole & Balde sur la Loy *stipulatus sum damna ff. de verb. obligat.* parce qu'il faut convenir que si jamais l'équité peut temperer la rigueur des Loix, ce doit estre en un cas aussi favorable que celuy-cy, & en faveur de pauvres puisnez, qui n'ont rien fait qui les doive priver de leur legitime, & qui n'obmettent rien de ce qui est necessaire pour l'obtenir. En quoy ils different de ceux dont nous avons parlé qui renoncent temerairement à la succession du pere, & aprés cela prétendent remporter une legitime sur ses biens; au lieu que dans l'espece des Coutumes d'Anjou, Touraine & le Maine, le mariage avenant est le prix & la juste recompense de cette exclusion qu'elles prononcent contre les filles mariées: ce que l'on présume de l'affection naturelle des peres qui marient leurs filles, suivant ce qui est dit en cette Loy vulgaire, que *pater semper præsumitur optimum consilium capere pro liberis:* & c'est sur ce fondement que l'on a tant favorisé dans l'un & l'autre Droit, les testamens & partages faits par des peres entre leurs enfans, que l'on a admis les renonciations aux successions futures dans les contrats de mariage, où le pere a dessein de recompenser sa fille par avance de tout ce qu'elle pouvoit esperer directement dans ses biens, & que l'on a crû même avec les Jurisconsultes en la Loy 18. *ff. de lib. & posth.* qu'il y avoit des exheredations obligeantes, & que pour cela l'on a permis au pere de l'enfant prodigue, de ne luy laisser qu'un simple usufruit, en leguant la proprieté de ses biens à ses petits-fils, suivant la Loy penultiéme, *ff. de curat. fur.* Il faut donc conclure que dans l'espece proposée pour la Coutume de Boulenois, l'on suppléeroit la legitime des puisnez, comme un cas obmis, & qu'il suffit pour cela que cette Coutume n'ôte point précisément la legitime aux puisnez, non plus qu'aucune autre Coutume du Royaume.

Dans la Coutume d'Angoumois, article 49. un pere peut avantager un de ses enfans, ou un étranger dans ses meubles & acquests de la maniere que bon luy semble, mais sous deux conditions; la premiere, qu'il ait quelques propres; la seconde, qu'il n'avantage aucun de ses héritiers dans ses propres, quoiqu'à l'égard des étrangers il leur en puisse donner le tiers, outre les meubles & acquests, & cette Coutume réduit la legitime de droit à une simple legitime ou reserve coutumiere dans les propres, comme l'observe Vigier sur l'article 83. vers la fin; mais il est toûjours vray de dire qu'elle pourvoit en cela à la legitime des enfans; d'autant plus que le patrimoine requis en l'article 49. s'entend non pas seulement en qualité, mais en quantité, selon la Note de Maistre Charles du Molin, & les Arrests rapportez en ce livre, chap. 4. nomb. 45. & 46. Ce qui peut dispenser de donner en ce cas aux enfans cette legitime de grace dont parle Vigier sur cet article 83. car dés qu'il appartient aux enfans des propres en quantité, à faute de quoy les meubles & acquests tiennent lieu de propres, & les deux tiers en doivent estre reservez aux enfans & autres heritiers, il est inutile de parler de legitime de grace.

41. De la clause que l'aîné du futur mariage sera seul heritier.

J'ay aussi vû demander si des pere & mere peuvent déroger à la legitime des puisnez, en stipulant par leur contrat de mariage que l'aîné des enfans mâles, qui naîtront du mariage, sera leur seul & unique heritier; & Tiraqueau qui propose cette question en son Traité *de jure primig. qu.* 6. décide que cela ne se peut; quoique par un titre d'infeodation l'on pourroit stipuler que l'aîné succederoit seul au fief, parce que dans ce dernier cas même il seroit dû recompense aux puisnez, & cela par forme de rapport: & de plus, s'il s'agissoit de regler la legitime des puisnez, ce fief entreroit dans la masse des biens à l'effet d'augmenter cette legitime, nonobstant cette stipulation. A quoy il faut ajoûter l'exemple du doüaire coutumier, qui ne se peut ôter aux enfans, mais qu'on leur peut seulement retrancher.

42. Si une mere s'obligeant solidairement avec le pere à la dot de sa fille, est tenuë de la garantir de la legitime dans les biens du pere.

J'ay vû une autre espece, où l'on vouloit éluder une legitime par une solidité d'obligation. Un pere & une mere avoient constitué une dot de 20000. liv. à leur fille, & s'y estoient solidairement obligez, la dot même avoit esté acquittée. Aprés le decés du pere & de la mere les autres enfans s'estoient declarez heritiers legitimaires dans la succession du pere, & avoient accepté la succession de la mere, ainsi ils demandoient leur legitime contre leur sœur donataire, & qui s'estoit tenuë à sa donation: la sœur excipoit de la solidité de l'obligation de la mere, dont ses freres & sœurs estoient heritiers, & retorquoit la demande de legitime contre les legitimaires mêmes, heritiers de leur mere, obligée solidairement à sa constitution dotale. On demandoit donc si cette garantie contre les freres & sœurs éluderoit la demande en legitime: Et il faut répondre que la mere promettant solidairement avec le pere la dot de sa fille, a prétendu obliger ses biens solidairement au payement de la dot, auquel on a entierement satisfait, mais non pas garantir la donation du pere d'une demande de legitime, & qu'il eût fallu une clause expresse pour cette sorte de garantie, la solidité n'oblige la mere qu'à executer la donation du pere, comme il est luy-même obligé de l'executer, & de même

que la mere est tenuë d'executer la donation qu'elle a faite en son particulier : or le pere & la mere qui dotent leur fille, ne prétendent pas la garantir de la legitime de ses freres & sœurs, en cas qu'elle se trouve blessée, ce qu'ils ne prévoyent pas alors, & ce seroit une garantie contre un droit & un devoir naturel, laquelle par consequent ne se présume pas, & doit estre expresse, & seroit même un avantage encore sujet à la legitime. Ainsi la solidité n'oblige point la mere à cette garantie, à moins qu'elle n'ait expliqué sa garantie, & ne se soit obligée de garantir la donation faite par le pere de toute demande de legitime, ce qu'elle auroit pû faire ; mais comme cette garantie même auroit encore esté un avantage fait par la mere, cela joint avec le reste de la donation qu'elle luy avoit faite, auroit peut-estre bien reduit les enfans à leur legitime dans la succession de la mere, aussi-bien que dans celle du pere.

43. Si en certains cas il n'est pas requis d'avoir fait inventaire pour avoir la legitime.

La cinquiéme question est de sçavoir, si en de certains cas il n'est pas necessaire d'avoir fait inventaire, pour avoir le droit de distraire sa legitime, & principalement lorsqu'un fils s'estant mis en possession des biens de son pere, ou comme heritier *ab intestat*, ou comme heritier institué par une premiere disposition, il paroît long-temps aprés un second testament, & des dispositions qui absorbent la meilleure partie de la succession ; mais nous traiterons cette question dans le Chapitre du Benefice d'Inventaire, nomb. 74. où nous montrerons qu'en aucun cas le seul défaut d'inventaire ne fait obstacle à la distraction de la legitime : ce qui ayant lieu à l'égard des legataires étrangers qui surviennent, doit s'observer à plus forte raison entre freres, qui ont une legitime à prendre, ou à retenir sur les biens du pere commun, parce qu'ils sont tous coheritiers : & c'est une maxime, que la présomption de la fraude qui resulte du défaut d'inventaire, n'a point lieu entre coheritiers : comme il sera établi dans le même Chapitre du Benefice d'Inventaire.

SECTION II.

Qui sont ceux qui ont droit de Legitime.

SOMMAIRE.

1. *Si les enfans naturels ont droit de legitime.*
2. Quid *dans la succession de la mere.*
3. Quid *dans nôtre Droit.*
4. Quid *dans la Coutume de Valenciennes.*
5. *Que dans cette Coutume les bâtards ont une legitime dans la succession de la mere.*
6. *Si les legitimez* per subsequens *ont une legitime.*
7. *Si le pere peut préjudicier à cette legitime par le contrat du mariage subsequent.*
8. *De la faveur des contrats de mariage.*
Raisons pour l'affirmative.
Raisons pour la negative sur la question précedente.
9. *Divers exemples pour la negative.*
10. *Que la dérogation à la legitime seroit un avantage sujet à la legitime.*
11. *Réponse à l'objection touchant le respect paternel.*
12. *Qu'en legitimant par Lettres on peut déroger à la legitime.*
13. *Cas auquel les enfans qui ont fait Profession en Religion, peuvent demander des aliments.*
14. *Si l'on peut diminuer la legitime des enfans à naistre d'un second mariage, par une clause précise du contrat.*
15. *De la legitime qu'obtiennent les creanciers du fils dans le cas de la Loy penultiéme*, ff. de cur. fur.
16. *Qu'il faut que le titre des creanciers du fils, soit authentique.*
17. *Et que leur dette ait esté contractée avant le decés du pere.*
18. *Quelle legitime les creanciers du fils peuvent avoir contre ses enfans qui luy sont substituez. Si les quatre quints.*
Resolution pour la negative.
19. Quid *si le testateur a legué ses propres à des étrangers.*
20. *En quel cas les freres sont appellez à la legitime.*
21. *Infamie de droit ou de fait.*
22. *Cas où se trouve l'infamie de fait.*
23. *Blâme de la part d'un pere.*
24. *Quel est nôtre usage sur cette matiere.*
25. *Si la querelle des freres a lieu contre des donations entre-vifs.*
26. *Arrest de Montbrun.*
27. *Si les neveux viennent avec les freres à cette querelle.*
28. *Que le droit de legitime & de la querelle d'inofficiosité, ne se regle pas toûjours sur celuy des successions.*
29. *Quelles sont les notes d'infamie qui produisent l'incapacité.*
30. *Si la querelle d'un des heritiers profite toûjours aux autres.*
31. *Si l'effet de la querelle des freres, est de faire infirmer toute la disposition.*
32. *Raisons pour la negative dans le Droit coutumier.*
33. *De la Loy* Paconius, ff. si à parente quis manum.
34. *Si les freres & les ascendans concourent à la legitime en pays de Droit écrit, lorsque le testateur a institué une personne infame.*
35. *De la legitime des ascendans : Renvoy.*
36. *S'ils ont legitime parmi nous*, turpi personâ institutâ.
37. *Raisons pour la negative.*
38. *Que la querelle des freres ne profite pas aux ascendans.*
39. *Resolution que l'équité demande que l'on s'écarte de toutes ces regles.*

1. Si les enfans naturels ont droit de legitime.

IL est certain que la legitime a esté établie par la Loy *Glycia*, en faveur des enfans naturels & legitimes : & l'on demande à ce sujet si ce droit appartient aussi aux bâtards sur les biens de leur pere ? La raison de douter est, qu'ils sont appellez à la succession par le Droit Civil, & par la Novelle 89. chap. 12. §. 4. pour deux onces, pourvû que le pere n'ait point laissé ni de femme, ni

d'enfans legitimes : Or c'est une maxime écrite en la Loy *Posthumus 6. ff. de inoffic. testam.* que les enfans qui sont appellez à la succession, ont droit de legitime.

Il faut dire neanmoins que les enfans naturels n'ont point de legitime sur les biens du pere : parce que s'ils sont appellez à la succession *ab intestat*, sous les conditions qui viennent d'être dites, c'est par un droit singulier, & par une exception du droit commun. Aussi la glose sur la Loy 1. *C. de natur. lib.* remarque, qu'encore qu'en de certains cas, les enfans naturels soient appellez à la succession, & puissent estre instituez, il est frequent dans le Droit qu'ils n'ont point de legitime, & qu'ils peuvent venir en vertu de la disposition, & non pas contre la disposition de leur pere.

2. *Quid* dans la succession de la mere. Et pour ce qui regarde la succession de la mere, il est constant qu'ils y ont droit de legitime, & cela quoique la mere soit de condition illustre, selon Monsieur Cujas sur la Novelle 18. pourvû qu'elle n'ait point d'enfans legitimes, & que ces enfans soient proprement, ce qui s'appelle dans le Droit, *enfans naturels* ; mais quand elle les a eus de quelque inceste, ou de quelque adultere, ou pendant sa viduité, & qu'elle est de condition illustre, ils n'ont point en ce cas de legitime, parce que l'on a requis plus de bonne conduite, où il y a plus de fortune & de condition : Voilà ce qui regarde le Droit Romain.

3. *Quid* dans nôtre Droit. Pour ce qui concerne le Droit François, regulierement il n'est donné aucune legitime aux bâtards, mais de simples alimens, soit que le pere ait laissé des enfans legitimes, soit qu'il n'en ait point laissé : ce qui a lieu tant pour la succession de la mere, que pour la succession du pere. Neanmoins la Coutume de Valenciennes, art. 121. aussi-bien que celle de saint Omer, art. dernier des Coutumes contraires à celle du Bailliage d'Artois, appelle les enfans naturels à la succession de la mere, concurremment avec les legitimes : c'est pourquoy il semble qu'aux termes de la Loy *Posthumus 6. ff. de inoffic. testam.* ils ont aussi leur legitime dans ces Coutumes. Ce qui pourroit faire difficulté neanmoins, conformément à ce qui a esté dit cy-dessus pour le Droit écrit, que quoique la Novelle 89. chap. 12. §. 4. appelle les bâtards pour deux onces à la succession de leur pere qui n'a laissé ni femme ni enfans legitimes ; neanmoins ils n'avoient point de legitime : parce qu'ils n'estoient pas appellez à la succession par le Droit commun, mais par un droit exorbitant, & dans un cas particulier. Car l'on peut dire de même que le Droit commun du Royaume, les exclut de toute succession, & la Coutume de Valenciennes estant exorbitante en ce point, il semble qu'il y a lieu de soûtenir que les enfans naturels n'y ont point de legitime : d'autant plus que le droit de legitime ne s'accorde pas si aisément dans nos Coutumes, que dans le Droit, les ascendans en étant exclus. D'ailleurs, plusieurs sont appellez à la succession, qui ne sont pas pour cela appellez à la legitime, qui est chez nous un droit plus borné, quant aux personnes.

(4. *Quid* dans la Coutume de Valenciennes.)

5. Que dans cette Coutume les bâtards ont une legitime dans la succession de la mere. Il faut dire cependant que les enfans naturels ont droit de legitime dans ces Coutumes sur les biens de leur mere, parce qu'elles sont bien differentes du Droit Civil, lequel n'appelle les enfans naturels qu'en un cas particulier, c'est à dire, au cas qu'il n'y ait ni femme, ni enfans legitimes, & par cette limitation il confirme la regle, qui est, que les enfans naturels sont exclus de la succession : d'où il suit, qu'ils le sont aussi de la legitime ; au lieu que la Coutume de Valenciennes, art. 121. dit expressément, *qu'en succession maternelle n'y a nuls bâtards, tellement que les bâtards naturellement, tant succedent à leur mere, aussi-bien qu'autres enfans procréez en léal mariage.* Ainsi cette Coutume fait un Droit commun de la succession des bâtards à l'égard des biens maternels, & elle n'attache pas ce droit de succeder à certaines conditions & à certaines especes particulieres, comme fait la Novelle 89. d'où il suit que les enfans naturels y doivent avoir une legitime sur les biens de leur mere.

6. Si les legitimez par subsequent ont une legitime. A l'égard des enfans legitimez, il est sans difficulté que si la legitimation s'est faite par un mariage subsequent, ils ont droit de legitime, tant sur la succession du pere, que sur celle de la mere. Ce qui a lieu au cas même qu'il y ait des enfans d'un mariage intermediaire, entre la naissance de ceux-cy & leur legitimation, c'est à dire, le mariage subsequent. C'est ce qui a esté jugé par Arrest du Mardy 9. Aoust 1639. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre L. de Monsieur Loüet, nomb. 7. Arr. 3. Ce qui donne lieu à cet Auteur de demander, si le pere peut préjudicier à cette legitime par le contrat du mariage subsequent, en stipulant au profit des enfans d'un précedent mariage, que les legitimez n'auront qu'une certaine part, ou un certain droit dans sa succession. Et il conclut pour la negative, s'appuyant sur un Arrest du 1. Juin 1629. Mais j'ay montré au livre 1. chapitre 2. section 1. distinction 1. nombre 20. que cet Arrest n'a point jugé la question. Il en faut dire ici quelque chose de plus.

(7. Si le pere peut préjudicier à cette legitime par le contrat de mariage subsequent.)

8. De la faveur des contrats de mariage. Tout le monde convient de la faveur des contrats de mariage : mais l'Empereur Justinien qui les a extremement protegez dans la Loy unique *C. de rei uxoriæ actione*, ne s'engage de les autoriser, qu'à la charge que les clauses n'en feront pas directement opposées à la disposition du Droit : *pro alia quacumque causa, quæ nec contra leges, nec constitutiones sit, ea observabuntur.* Nôtre Jurisprudence ne s'est pas moins montrée favorable pour ces sortes de contrats, & tant qu'il n'y va que de l'interest des particuliers, on les execute ponctuellement. C'est pour cela que la Coutume de Berry, chapitre 8. article 8. autorise la clause d'exclusion de communauté, quoiqu'elle ait ses inconveniens, qu'elle fasse une societé en quelque façon leonine, *L. si non fuerunt ff. pro socio*, & qu'elle rende les conjoints plus négligens. L'on n'auroit jamais fait si l'on vouloit rapporter tous les autres passe-droits que l'usage a reçûs sur ce sujet : mais l'on a aussi excepté les clauses qui blessent le Droit public & les bonnes mœurs. Ainsi cette question se termine à sçavoir, si un pere naturel en épousant sa concubine, ne peut pas, sans blesser le droit public, ni les bonnes mœurs, modifier & restraindre le droit de legitime des enfans qui sont legitimez par ce mariage subsequent, & stipuler qu'ils n'auront, pour tout droit de legitime, qu'une certaine partie dans sa succession, ou une somme de deniers, ou ce qu'il leur assignera par son testament ; ce qui fait difficulté, parce qu'il semble d'un côté

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative. que l'interest public ne soit point meslé là dedans, & qu'il soit permis, en jettant les fondemens d'un mariage, de regler la part des enfans comme celle de la femme, à qui l'on donne quelquefois une certaine somme pour tout droit de communauté : & principalement lorsque l'on cor-

rige le vice d'une mauvaise habitude, qu'on la purifie, & qu'on l'honore par la vertu & la dignité d'un mariage subsequent. Aussi Peregrin *de fideic. art. 36. n. 9.* reçoit ces conventions, & dit que si le pere a promis, pour droit hereditaire, une certaine portion dans la succession, alors la legitime de ces enfans sera la troisiéme partie de cette portion ainsi promise; mais que s'il a esté dit que les legitimez n'auroient que ce qu'il leur donneroit par son testament, en ce cas ils n'ont point de legitime, parce qu'il ne leur appartient rien *ab intestat.* A quoy d'autres ont ajoûté, que si dans ce dernier cas le pere institue ses enfans, mais qu'il les charge de fideicommis, ils auront une double quarte : parce qu'on leur accorde plus aisément de retenir & de conserver ce qui leur est déja donné, qu'on ne leur donne d'action pour acquerir ce qui ne leur a pas esté donné.

Raisons pour la negative.

Raisons pour la negative sur la question précedente.

D'autre part, l'on peut soûtenir avec beaucoup de raison, que la legitime estant un droit qui a son fondement dans la Loy naturelle, il n'est point permis à un pere d'y déroger, c'est *beneficium legis, non parentis*, ou pour se servir des termes de la Loy *Si adrogator 22. ff. de adopt. Non hoc judicio ejus ad eum pervenit, sed principali providentia :* Que si dans nôtre Droit un pere ne peut pas défendre le rapport entre ses enfans qui viennent à sa succession, à cause de l'équité naturelle sur laquelle le rapport est établi : si un pere ne peut pas non plus défendre que le droit d'aînesse ait lieu entre ses enfans à l'égard des fiefs de sa succession, parce que le droit d'aînesse a aussi son fondement dans la nature : à plus forte raison ne peut-on pas ôter à ses enfans leur legitime, qui est le droit le plus favorable de tous ceux qui tirent leur origine de la Loy naturelle. Mais ce qui montre la verité de cette proposition, c'est que la dérogation même à la legitime qui regarde, ou d'autres enfans, ou des heritiers collateraux, ou des donataires, seroit un avantage sujet au retranchement de la legitime, comme l'on dit, en matiere de rapports, que la prohibition de rapport est un avantage sujet à rapport.

9. Divers exemples pour la negative.

10. Que la dérogation à la legitime seroit un avantage sujet à la legitime.

Enfin, l'action de la legitime & la querelle d'inofficiosité, sont des droits que les Loix ont accordez aux enfans pour se défendre de l'injustice de leurs peres ; & , comme il a esté dit au commencement de ce chapitre, c'est un frein que l'on a mis aux liberalitez de ceux qui doivent quelque chose à leurs heritiers. Ainsi elle se prend toûjours contre la volonté des peres, & ce seroit l'abolir entierement, que de permettre aux peres, ou de la diminuer, ou de la défendre.

11. Réponse à l'objet 6 touchant le respect paternel.

Que si l'on dit qu'un pere, en stipulant que ses enfans n'auront autre chose dans sa succession que ce qu'il leur donnera par son testament, s'assûre de leur devoir, & les tient dans l'obéïssance & dans le respect, il y a deux réponses. La premiere, qu'il se reserve aussi par là de les desheriter injustement, ce qui ne doit point estre permis, les causes d'exheredation estant reglées par la Novelle 115. chap. 3. La seconde, que cette voye de retenir les affections & le respect des enfans, n'est pas naturelle, & comme dit sur ce sujet même la Loy *Si quando 3. C. de inoffic. test. meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos : quam pactionibus astringendos.* Aussi nous avons rejetté par la même raison cette ancienne Coutume, par laquelle on refusoit la representation en ligne directe, & le rappel étoit le seul remede qui suppléast au deffaut de la representation, pour tenir, disoit-on, les enfans dans le devoir, & les obliger de contracter des mariages agreables à leurs peres, & de leur donner une posterité selon leur souhait, sous peine de ne laisser à leurs enfans, en mourant, aucun espoir de venir à la succession de leurs ayeuls.

Au reste, la circonstance particuliere de la legitimation ne change point l'espece : puisque le legitimé par un mariage subsequent est comparé en tout à celuy qui est né d'un mariage legitime, ce qui a esté établi cy-dessus. C'est pourquoy quand l'Arrest du 1. Juin 1629. n'auroit jugé autre chose, sinon que par le contrat d'un second mariage, on ne peut pas préjudicier à la legitime des enfans à naistre de ce mariage, comme en effet, il n'a décidé que cela, il juge toûjours l'espece : encore un coup, la legitimation ne faisant ici aucune difference : & cet Arrest a décidé cela contre l'opinion des Docteurs sur le titre *de filiis natis ex matrim. ad morgan. contracto*, lequel Eguinarius Baro, sur le même titre, certifie n'estre point d'usage en ce Royaume.

Il n'en seroit pas de même à l'égard de la legitimation par Lettres : car comme elle n'est jamais pure & simple, mais toûjours conditionnelle, & qu'elle se doit faire du consentement des heritiers présomptifs, les interessez y peuvent apporter telle limitation que bon leur semble ; ainsi ils peuvent stipuler que le legitimé n'aura qu'une certaine somme pour sa legitime. 12. Qu'en legitimant par Lettres, on peut déroger à la legitime.

Quoique les enfans qui ont fait profession en Religion, ne puissent plus demander de legitime, comme estant morts civilement ; neanmoins si la Maison où ils ont fait profession, tombe en décadence, ensorte qu'on ne les y puisse plus nourrir, on leur ajuge en ce cas des alimens sur les biens de leurs pere & mere, selon Ferrerius sur Guy Pape, qu. 80. 13. Cas auquel les enfans qui ont fait profession en Religion peuvent demander des alimens.

Il est aisé, sur le fondement des principes qui viennent d'estre établis, de décider une question qui se propose ordinairement, & que nous avons même touchée en passant, de sçavoir, si par le contrat d'un second mariage l'on peut stipuler que les enfans qui en naistront, n'auront qu'une certaine somme, ou une certaine part, pour tout droit de legitime : Ce qui a esté jugé pour la negative par Arrest rapporté cy-dessus, nombre 6. Que si l'on suit la Coutume de Milan, qui est rapportée dans les usages des fiefs, *tit. de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto*, il faut conclure le contraire, ce titre le décide expressément ; mais nous nous attachons à un Droit plus équitable & plus important que les usages des fiefs : car la Loy naturelle & la Loy civile ayant accordé & reglé la legitime des enfans, & le public ayant interest que cette portion, qui leur a esté reglée, leur soit conservée, il semble qu'il n'est jamais permis d'y déroger, selon la Loy unique *C. de rei uxor. act.* la Loy 7. §. 7. *ff. de pact.* La Loy 6. C. du même titre. Et la circonstance d'un second mariage, ne doit point faire changer cette décision, puisque ce seroit étendre les Loix *Fœmina & hac edictali*, & l'Edit des secondes nôces, qui sont des Loix penales, qui ne peuvent recevoir aucune extension. Aussi il faut considerer que ce titre *de filiis natis ex matrim. ad morgan. contr.* est fait principalement pour la succession des fiefs, & que l'on ne pouvoit reduire de cette maniere la legitime des enfans d'un second mariage dans les autres biens, sinon lorsqu'il y avoit des enfans d'un premier mariage, & en leur faveur seulement : C'est ce qui est remarqué par Monsieur 14. Si l'on peut diminuer la legitime des enfans à naître d'un second mariage, par une clause précise du contrat.

Cujas

Cujas sur ce titre 32. livre 4. des fiefs, où il en rend cette raison, que *feuda reguntur moribus; alodia legibus, quibus derogare omnino pactiones privatorum non possunt*. D'ailleurs, cet usage n'avoit lieu qu'en cas que le pere descendit à un second mariage peu sortable. *Quidam habens filium ex nobili conjuge, post mortem ejus non valens continere, aliam minus nobilem duxit.* Enfin nos anciens Auteurs nous ont marqué specialement que ce titre n'estoit point en usage parmy nous, & entr'autres Eguinarius Baro, qui dit sur ce titre, *hic mos juri communi, juxta ac Franciæ moribus, contrarius est.*

15. De la legitime qu'obtiennent les creanciers du fils dans le cas de la Loy penultiéme, *ff. de curat. fur.*

Avant de passer à la legitime des collateraux, il faut estre averti, que les creanciers du fils obtiennent quelquefois sa legitime, ce qui arrive dans le cas de la Loy penultiéme *ff. de curat. fur.* & quand le pere a reduit son fils à un simple usufruit dans ses biens, dont il a laissé la proprieté aux enfans de ce même fils: car alors les creanciers du fils intentent une espece de querelle d'inofficiosité, qui n'est, à proprement parler, qu'une demande de legitime, & qui ne va pas à faire infirmer, mais seulement à faire retrancher la disposition: & ce qui est de remarquable, nous avons donné en ce cas plus de droit au creancier, qu'au fils même: car quand il ne s'agit que de son interêt, & que sa prodigalité est averée, on ne l'admet pas personnellement à demander sa legitime; mais on y admet ses creanciers, afin de ne pas donner *perdituro*. C'est ainsi qu'en matiere de publications de substitutions, les creanciers de l'institué en peuvent arguer le défaut, & profiter en cela de sa negligence, quoique luy-même ni ses heritiers ne soient pas recevables à relever ce défaut.

16. Qu'il faut que le titre des creanciers du fils soit authénique.

Par cette raison il faut que le titre des creanciers soit authentique, de crainte que l'on ne fasse fraude à cette police domestique, que la Loy autorise par équité, & par la confiance qu'elle a dans l'affection paternelle: comme il paroit par le §. 1. & le §. dernier de cette même Loy.

17. Et que leur dette ait esté côtractée avât le décés du pere.

Il est aussi necessaire par la même raison, que la dette ait esté contractée avant que la succession soit échûë. Et il y en a un Arrest rendu en l'Audience de la Grand'Chambre le 17. Aoust 1666. plaidans Maistre Fourniquet & Maistre Billard.

18. Quelle legitime les creanciers du fils peuvent avoir contre ses enfans qui luy sôt substituez. Si les quatre quints.

On peut demander si les creanciers du fils, que son pere a ainsi reduit à un simple usufruit, en laissant la proprieté à ses enfans, ont la faculté de choisir le doüaire de la mere que l'on suppose déja décedée, ou les quatre quints des propres, & cela contre les petits-fils. Car l'on sçait que dans la Coutume de Paris il y a trois legitimes, le doüaire, la legitime coutumiere, qui consiste dans les quatre quints des propres, & la legitime de droit, qui est la moitié de ce que les enfans auroient eu sans les dispositions. Et même on ne reduit les donations, pour la legitime de droit, qu'aprés les avoir reduites pour la legitime coutumiere des quatre quints, & qu'en cas que les enfans ne trouvent pas dans ces quatre quints leur legitime de droit, c'est à dire, la moitié de ce qu'ils auroient eu sans les dispositions: parce qu'un testateur ayant legué audela des quatre quints des propres, ou un donateur ayant donné entre-vifs, audelà de ce qui luy est permis de disposer dans d'autres Coutumes, qui donnent des bornes à ces sortes de dispositions, il est vray de dire, que cet excedant des propres fait partie de sa succession, dautant que la disposition en est nulle: & ainsi on le doit épuiser avant que de percevoir la legitime sur des liberalitez qui subsistent de plein droit. C'est pourquoy il semble que des creanciers du fils, ainsi reduit à un usufruit, ayent droit, par exemple, de demander les quatre quints des propres.

Resolution pour la negative.

Resolution pour la negative.

Il faut dire neanmoins le contraire, supposé que les creanciers demandent cette reduction contre les petits-fils ainsi substituez, (car ils pourroient, & même seroient tenus de la demander contre d'autres, comme il sera dit incontinent;) & la raison est, que la reduction au quint des propres est une espece de fideicommis pour la famille; ainsi en supposant qu'un pere, qui n'a qu'un fils unique, qui est dans la dissipation & la débauche, laisse tout son bien par son testament à ses petits-fils, l'usufruit reservé à son fils, ou qu'il institué son fils & luy substitué ses petits-fils, il est certain qu'il ne fait rien contre l'intention de la Coutume, qui a établi la reduction des donations testamentaires au quint des propres en faveur de la famille: & si le testateur ne laisse que des propres, il y a lieu de soûtenir que les creanciers du fils n'en pourront pas demander les quatre quints, de crainte qu'une Coutume établie en faveur de la conservation des propres & du maintien des familles, n'ait des suites & des effets directement contraires: ce qui arriveroit dans l'espece dont il s'agit, où l'on suppose que tout le bien du pere, ou la meilleure partie consiste en propres. En effet, ces articles de nôtre Jurisprudence n'ayant qu'un même objet & une même fin, qui est la conservation du bien des familles, il est juste de faire ensorte que dans une espece singuliere, où ils paroissent opposez, celuy-là prévale, lequel maintient cette fin commune, c'est à dire, qui établit la conservation des propres. Aussi cette reduction au quint des propres ne s'accorde point en ce cas au fils prodigue, & il n'a pas même d'action pour demander sa legitime: parce que la substitution qui luy est faite, est une substitution exemplaire: Ce qui montre que tous les droits les plus favorables cessent, quand il s'agit de l'execution de cette Loy penultiéme *ff. de curat. fur.* Que si l'on a fait exception en faveur des creanciers de ce fils, il s'en faut tenir aux termes des Arrests qui ont établi cette exception, & qui ne leur ont jamais ajugé que la moitié de la portion legitime de leur debiteur: c'est à dire, la legitime dans les Coutumes qui en établissent une, comme il se voit dans ceux rapportez par Bacquet en son Traité des Droits de Justice, chap. 21. nombre 355. & suivans.

Il n'en est pas de même si le testateur a legué tous ses propres à d'autres personnes que ses petits-fils, qu'il a substituez pour les meubles & acquests seulement: car en ce cas non seulement les creanciers du fils, qui poursuivent sa legitime, peuvent demander contre ces legataires la reduction de la disposition au quint des propres; mais ils y sont obligez avant de demander la reduction de la substitution: parce que, comme il a esté dit, cet excedant qui consiste dans les quatre quints, fait partie de la succession *ab intestat*, & doit servir à remplir la legitime, avant que l'on touche à la substitution, qui est faite des meubles & acquests. 19. Quid si le testateur a legué ses propres à des étrangers.

Enfin, lorsqu'il n'y a point de testament, ni de donation entre-vifs; mais que le fils renonce à la succession pour frustrer ses creanciers, & faire venir ses enfans, en ce cas les creanciers ont une action revocatoire, pour faire que sans avoir égard à la renonciation, les biens de la succession,

à proportion de ce qui en appartenoit à leur debiteur, soient vendus, & que le prix en provenant, leur soit donné jusques à la concurrence de leur dû.

10. En quel cas les freres sont appellez à la legitime.

Le Droit donnoit aussi une legitime & la querelle d'inofficiosité aux freres sous les trois conditions présupposées en la Loy *Fratres C. de inoffic. test.* La premiere, qu'ils fussent ou freres germains, ou freres consanguins, & l'on donnoit ce privilege au droit d'agnation. La seconde, que le défunt eût institué une personne infame d'une infamie de droit, telle que la plûpart de celles dont il est fait mention sous le titre *de his qui not. infam.* & qui sont infligées par les Loix, pour quelque crime commis, ou quelque action mal-honneste, comme de faire le métier de bâteleur, ou de comedien, de s'intriguer dans le commerce honteux de l'impudicité publique, de tromper son associé ou son pupille, de violer un dépôt, ou de piller une succession : ou d'une infamie de fait qui ne vient pas de la disposition de la Loy, mais d'une censure, que le Juge ou le pere, qui est un Juge domestique, a prononcée.

11. Infamie de droit ou de fait.

12. Cas où l'infamie de fait a lieu.

Et en cela il y a beaucoup à distinguer : car comme remarque Godefroy sur la Loy *Ob hac verba 20. ff. de his qui notantur infamia.* Si un Juge dit à quelqu'un : *Vous estes l'auteur d'une telle calomnie*, il le note d'une infamie de fait ; mais s'il luy dit : *Il semble que vous ayez part à cette calomnie, ou que vous en soyez l'auteur*, ce doute soûtient la reputation de celuy contre qui il parle. De même, il faut distinguer entre ce qui est dit dans l'ordre de la prononciation, & ce qui échappe au Juge hors jugement, peut-estre avec quelque mouvement de passion. *Multum interest in causa qua agebatur, causâ cognitâ aliquid pronunciatum sit ; an quadam extrinsecus sunt elocuta : nam ex his infamia non irrogatur*, dit la Loy *Quid ergo 13. §. 6.* du même titre. Une Sentence un peu trop dure sur un fait innocent, ne cause pas une infamie de fait, comme si l'on trouve quelqu'un saisi d'une chose, qui paroît avoir esté volée par un autre, & que le possesseur estant innocent du fait, ne laisse pas d'estre condamné par corps, de rendre & restituer, en ce cas, la note d'infamie ne tombe que sur celuy qui est convaincu du larcin : & c'est la disposition de la Loy *Si furti 8. C. ex quib. caus. infam. irrog.* Au lieu que de certains temperammens que l'on trouve quelquefois dans la punition des crimes, n'empêchent pas que l'infamie qui ne resulte pas de la peine, ne soit produite par la conviction du crime, & la Loy *Si te expilasse 12.* au même titre, en donne un exemple, dans la personne de celuy qui enleve & qui vole les biens d'une succession : Car si le Juge épargne la peine qui est meritée, parceque ce crime se commet entre des proches, il ne met pas pour cela à couvert le nom & la réputation de celuy qui l'a commis. Aussi le jugement & l'exheredation qu'un pere prononce contre son fils, ne le couvre pas toûjours de honte & d'infamie, suivant la Loy *Multi 18. ff. de lib. & posth.*

Toutes les distinctions, qui viennent d'estre faites, peuvent servir à l'explication de la Loy *Fratres 27. C. de inoff. testam.* en ce qu'elle dit, que la note d'infamie en la personne de l'heritier institué, donne lieu aux freres consanguins, qui ont esté desheritez, d'intenter la querelle d'inofficiosité ; mais cette Loy semble ajoûter, qu'il suffit que la reputation de l'heritier institué, ait reçû une legere flétrissure. *Si scripti heredes infamia, vel turpitudinis, vel levis nota macula aspergantur.* Et cela même reçoit encore son explication, par ce qui vient d'estre dit : puisque Godefroy a tres-bien remarqué sur cette Loy, que par ces mots, *vel levis nota macula aspergantur*, le Jurisconsulte avoit entendu parler d'une infamie & d'une turpitude de fait. C'est pourquoy il est mal-aisé de convenir avec Accurse, que l'on puisse appliquer à cette disposition de la Loy *Fratres* le cas de la Loy *Ea qua pater 13. C. ex quib. caus. infam. irrog.* qui dit, que si le pere en blâmant ses enfans par son testament, ne les couvre pas pour cela d'infamie, il laisse au moins une mauvaise impression d'eux dans l'esprit des gens de bien. *Ea qua pater filios suos increpans scripsit, infames quidem filios jure non faciunt ; sed apud bonos & graves opinionem ejus, qui patri displicuit, onerant.* Car un simple blâme, de la part d'un pere, n'est point une cause suffisante pour charger un fils d'une infamie de fait, & comme dit en cas semblable la Loy *Quidam 132. ff. de verb. oblig. hac enim pater circa filium solet facere* : & la Loy *Non est enim 4. ff. de inoff. testam.* dit, *non est enim consentiendum parentibus, qui injuriam, adversus liberos suos, testamento inducunt.* Ainsi un tel blâme prononcé autrefois contre un heritier, que le testateur institue aujourd'huy par son testament, ne donne point lieu aux freres de ce testateur d'intenter la querelle d'inofficiosité, comme si leur frere avoit institué une personne infame. Et même nostre Droit est beaucoup moins rigoureux sur toute cette matiere, que le Droit Romain. Et quoique nous n'ayons pas rejetté la disposition de la Loy *Fratres C. de inoff. test.* suivant le remarque de Maistre Antoine Mornac, sur la Loy 1. *ff. de inoff.* & Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynutius in verb. Raynutius de clera. n. 61. & in verb. & uxorem nomine Adelasiam n. 157.* & que nous ayons même quelques Coutumes qui la reçoivent, comme celle d'Orleans, art. 277. & celle de Bourgogne, chap. 7. article 9. il n'y a gueres dans nôtre usage, que l'infamie de droit, qui produise l'incapacité dont nous parlons.

13. Blâme de la part d'un pere.

14. Quel est nôtre usage sur cette matiere.

La troisiéme condition, que la Loy *Fratres C. de inoff. test.* présuppose, est que la querelle d'inofficiosité s'intente contre un testament : car il n'y a point de texte précis dans le Droit, qui admette les collateraux à se plaindre des donations entre-vifs, par lesquelles leur parent a épuisé tous ses biens : neanmoins les Docteurs qui ont vû que la querelle d'inofficiosité avoit esté établie contre les donations entre-vifs, à l'*instar* de celle qui avoit esté reçûë contre les testamens en la Loy 1. *C. de inoff. donat.* ont passé aisément, que les freres auroient cette même plainte contre les unes & les autres.

15. Si la querelle des freres a lieu contre des donations entre-vifs.

Voilà les conditions sans lesquelles l'on n'admet point les collateraux à la querelle : car naturellement ils n'ont aucun droit sur nos successions. Et c'est pour cela que par une ancienne & tres-bonne Jurisprudence l'on n'ordonnoit point d'interdiction fondée sur prodigalité à la poursuite des heritiers collateraux, comme il fut jugé par Arrest de la Chambre de l'Edit du 2. Aoust 1600. rapporté par le Grand, sur la Coutume de Troyes, art. 95. gl. 2. nomb. 11. lequel fut rendu au profit de la Dame de Montbrun.

16. Arrest de Montbrun.

La Loy 1. *ff. de inoff. testam.* & la Loy *Fratres*, au Code & au même titre, n'admettant que les freres à la querelle d'inofficiosité, il s'ensuit que les autres parens collateraux en sont exclus, ensorte que si le testateur avoit institué une personne infame, ses neveux venant de leur chef ne seroient pas reçûs à intenter cette querelle : mais l'on peut demander s'ils peuvent venir sous

17. Si les neveux viennent avec les freres à cette querelle.

l'appuy d'un oncle frere du défunt, qui se voit desherité, aussi-bien qu'eux, par un testament inofficieux, & si dans le cas de la representation, ils peuvent se joindre avec luy, pour intenter cette querelle; ou s'ils peuvent au moins profiter de sa victoire? car la Loy 1. *ff. de inoff. testam.* dit en general, *cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent: cum obtinere spem non haberent.*

Raisons pour l'affirmative.

On peut soûtenir que les neveux profiteront, en ce cas, du succés de la querelle, & n'auront pas seulement leur legitime; mais partageront la succession *ab intestat*: ce qui semble avoir sa raison & ses principes. Et premierement, quoiqu'il soit constant dans le Droit Romain que la querelle d'inofficiosité n'est donnée qu'aux seuls freres entre les collateraux, il est aussi certain que déslors qu'elle réüssit à la poursuite d'un heritier, qui a droit de l'intenter, elle donne atteinte à l'institution, & reduit les choses *ab intestat*, & par consequent, il semble que tous ceux qui estoient appellez *ab intestat*, ont droit de venir à la succession, & profitent du succés de cette action, pourvû qu'ils n'ayent pas renoncé, ce qui est le sens de la Loy *Qui repudiantis 17. ff. de inoffic. test.* En second lieu, s'il a esté dit, que dans nôtre usage la querelle d'inofficiosité n'est qu'une demande de legitime, cela n'empêche pas qu'elle ne reduise les choses *ab intestat*, dans ce cas particulier, à cause de l'infamie & de la turpitude de l'heritier institué, ou du legataire universel, suivant la Loy *Paconius 3. ff. si à parente quis manumissus fuerit*, & comme on luy ôte tout le legs universel, il semble qu'il faut conclure que les neveux qui sont appellez *ab intestat*, en concurrence avec les freres du défunt, ont leur part dans la succession en ce cas particulier, & partagent par souches avec leur oncle, & cela, par l'effet naturel de la representation, qui les met & les subroge au lieu & en la place de leur défunt pere.

Raisons pour la negative.

On peut dire d'autre part, que la querelle d'inofficiosité est un remede extraordinaire, qui ne doit avoir lieu qu'au profit de ceux à qui il est accordé par les Loix, qui l'ont fixé justement aux premiers degrez: puisque selon l'instinct de la nature, l'on doit beaucoup plus à un heritier, qui est dans les premiers degrez, qu'à celuy qui vient d'un degré plus éloigné. Que si l'on considere que la Loy n'a pas même accordé la legitime ni la querelle aux freres uterins, ce qui se voit dans cette Loy, *Fratres C. de inoff. testam.* il n'y a pas lieu de s'étonner qu'elle ne l'ait donnée en aucun cas aux enfans des freres. Aussi l'on peut poser pour principe en cette matiere, que le droit de la legitime & de la querelle d'inofficiosité, ne se regle pas absolument sur le droit des successions, & que ceux qui viennent ensemble à la succession, ne viennent pas toûjours concurremment à la legitime, & à la querelle d'inofficiosité: par exemple, dans le Droit Romain, le pere & les freres germains sont appellez concurremment à la succession, selon l'Authentique *defuncto C. ad Senatusc. Tertyll.* cependant il n'y a point de texte qui les appelle ensemble à la querelle d'inofficiosité. Barry, liv. 16. tit. 1. nomb. 14. est d'avis, que les freres n'y viennent pas en ce cas. Et il est certain au moins qu'ils ne pourroient profiter de la querelle, sinon lorsque l'on auroit institué une personne infame. Il y a une autre preuve de la difference qu'il y a entre le droit de legitime & le droit de succession dans une Note de Maistre Charles du M[oulin] sur l'art. 45. de la Coutume du Comté de Bo[ur]gogne, lequel portant, qu'entre enfans de divers lits le partage se doit faire par lits, & non par têtes; cet Auteur dit là-dessus, *nisi respectu legitimæ quæ semper in capita, ut dixi in consiliis*: comme aussi il [est] constant, que tout ce qui est sujet à rapport dans la succession, ne s'impute pas sur la legitime.

28. Que le droit de legitime & de la querelle d'inofficiosité, ne se regle pas toûjours sur celuy des successions.

Que si l'on objecte que le legs universel reçoit icy atteinte, à raison de l'incapacité du legataire, & qu'ainsi l'on est aux mêmes termes que si ce legs n'avoit point esté fait, auquel cas, les neveux seroient venus par representation avec leur oncle, l'on peut répondre qu'en general la seule note d'infamie, qui n'est point accompagnée de mort civile, ne rend ni indigne ni incapable, & il n'est pas défendu à un bâteleur, ni à un comedien, de recevoir un legs universel, ou de profiter d'une institution d'heritier. Mais leur incapacité est seulement respective, & par rapport à ceux à qui par le droit le défunt devoit une legitime. Ainsi la legitime n'estant point établie par aucune Loy en faveur des neveux, quoiqu'en concurrence avec des freres du défunt, il s'ensuit que la flétrissure que l'institué ou le legataire universel a reçûë en sa reputation, n'est pas un sujet d'incapacité ni d'indignité, & qu'il n'y a que les freres qui en profitent: Mais le contraire auroit lieu s'il s'agissoit de certaines notes d'infamie, qui causent une incapacité generale, au moins par rapport au testateur: comme si quelqu'un avoit fait un legs universel au profit d'une femme, avec qui il auroit vécu publiquement en adultere, ou en concubinage: car dans nostre Droit, c'est une incapacité qui profite à toute sorte d'heritiers.

29. Quelles sont les notes d'infamie qui produisent l'incapacité.

Enfin, ce qui me persuade pour ce dernier avis, c'est qu'encore qu'il soit constant dans le Droit qu'il suffit qu'un des coheritiers intente la querelle, & qu'elle doit profiter, en ce cas, à tous les coheritiers du même degré, comme il paroît par les Loix 17. 18. & 19. *ff. de inof. testam.* Neanmoins il faut au moins que ceux qui prétendent ainsi profiter de l'action d'autruy, soient capables de l'intenter eux-mêmes. Or il n'est dit en aucun endroit, que les neveux ayent droit de demander une legitime. Ainsi, aprés un testament ou une donation solemnelle, il n'y a de recours pour eux, que dans l'incapacité personnelle de l'heritier institué, ou du legataire universel, laquelle ne resulte point, au respect des neveux, d'une simple note d'infamie. D'ailleurs, les freres du défunt aident aux neveux à venir par representation à la succession *ab intestat*, mais ils ne communiquent point, s'ils ne le veulent, l'action revocatoire, qu'on leur a donnée dans la querelle d'inofficiosité, pour venir contre des actes solemnels: parceque cette action est attachée à la personne des freres, & à leur degré, audelà duquel le Droit ne l'a pas voulu étendre, suivant la Loy 1. *ff. de inoffic.* En un mot, les freres ne font juger autre chose par cette action, sinon que l'heritier ou le legataire universel est incapable à leur égard: ce qui ne profite point aux neveux, au respect desquels le même heritier a toute la capacité necessaire, quoiqu'en dise Mynsinger sur le §. des Instit. *de inoff. testam.* sur lequel il faut voir aussi le docte Viglius.

30. Si la querelle d'un des heritiers profite toûjours aux autres.

A l'égard de la question de sçavoir, si les 31. Si l'es-

Eff. de la querelle des freres est de faire infirmer toute la disposition. freres n'ayant la querelle d'inofficiosité qu'en un cas particulier, & lorsque le testateur a institué une personne infame, l'effet de leur action n'est pas seulement d'obtenir leur legitime; mais de faire infirmer toute la disposition, à raison de l'incapacité de l'heritier ou du legataire, ce qui peut estre fondé sur la Loy *Paconius 3. ff. si à parente quis manumissus fuerit*, il semble qu'elle soit susceptible de quelque difficulté dans nostre Droit coutumier: car la querelle d'inofficiosité donnant atteinte à l'institution dans le Droit Romain, il n'y a pas de doute que dans le cas que les freres pouvoient l'intenter, ils faisoient priver l'institué de tout le fruit de son institution: Ce qui se juge au Parlement de Toulouse, au rapport de Monsieur Maynard, livre 3. chapitre 15.

32. Raisons pour la negative dans le Droit coutumier. Mais comme parmi nous cette action n'est, à proprement parler, qu'une demande de legitime, ce ne seroit pas par l'effet naturel de l'action, que l'institution ou le legs universel seroit infirmé. Ainsi il resteroit que cela vînt du côté de l'incapacité qui resulte de l'infamie & de la turpitude: or il semble que ce n'est pas là un bon moyen: puisque souvent une personne reputée infame, est capable d'une institution, ou d'un legs universel, ou d'une donation: par exemple, un bâteleur ou un banni à temps: & l'incapacité qui est établie par la Loy *Fratres C. de inoff. test.* & qui resulte de l'infamie de droit ou de fait, n'est que respective, & à l'effet de faire venir les freres à la querelle d'inofficiosité, & par consequent à la legitime, selon nostre usage: & même, à proprement parler, ce n'est pas une incapacité, le Droit n'usant pas de ce mot; mais c'est un cas où les freres ont la querelle, comme devant estre preferez à l'institué, qui n'est pas dans l'ordre. C'est une préference des freres, quant à leur legitime, & pour ce qui est de la Loy *Paconius ff. si à*

33. De la Loy *Paconii 3 ff. si à parente quis manum.* *parente quis manumissus fuerit*, où il est dit, que si un pere ayant émancipé son fils, il arrive à son fils d'instituer une personne infame, il aura la possession des biens pour le tout contre le testament; au lieu que si le fils avoit institué d'honnêtes gens, le pere n'auroit d'action que pour son tiers, elle est fondée sur un double droit, le droit de puissance paternelle, & celuy de patronage: parceque le pere, dans l'espece de cette Loy, avoit émancipé son fils par la voye d'une vente imaginaire, & estoit devenu son patron: ainsi le fils avoit violé en une même personne par cette injuste préference, & le respect qu'il devoit à son pere, & la soumission qu'il devoit à son maistre; mais il n'y a rien de semblable dans le choix que fait un frere d'une personne infame pour son heritier ou son legataire universel, & comme il ne devoit rien à ses freres, il semble que nous devons nous contenter de leur donner une simple legitime, nonobstant la turpitude de l'institué, ou du legataire universel.

Resolution pour l'affirmative.

Il faut dire cependant qu'en ce cas les freres feront casser le testament pour le tout. Premierement, parceque nous n'avons point de legitime reglée pour les freres, & qu'ayant reçû cette action du Droit Romain, il semble qu'il est assez juste de nous conformer entierement à sa disposition, qui infirme le testament pour le tout, au cas qu'un frere ait institué une personne infame.

En second lieu, parceque nous avons même des exemples dans nostre Droit, où la querelle fait infirmer tout le testament, comme lorsqu'un pere a desherité son fils injustement, *malignè contra sanguinem suum, inferens judicium.* Enfin, la note d'infamie doit exclure icy l'institué de tout ce que le testateur luy a voulu laisser, l'incapacité que la Loy prononce contre luy, quoique respective à l'égard des freres, ne luy faisant pas moins d'obstacle pour une partie de l'institution, que pour l'autre. Et je me détermine par ces raisons, à dire que dans nostre Droit Coutumier, l'institué ou le legataire universel, qui se trouve noté d'une infamie de fait, ou d'une infamie de droit, doit estre exclus en faveur des freres, de tout le profit de l'institution ou du legs universel.

Au reste, il a déja esté dit cy-dessus, que les freres ne concourent pas avec les ascendans pour la legitime: ce qu'il faut entendre hors le cas auquel les freres sont appellez à la legitime, c'est à dire, *turpi personâ institutâ:* car dans ce cas les freres y peuvent venir concurremment avec eux, selon le Droit écrit: parcequ'il est vray de dire alors, que les uns & les autres y sont appellez, par la disposition du même Droit. 34. Si les freres & les ascendans concourent à la legitime en païs de Droit écrit, lorsque le testateur a institué une personne infame.

Pour parler de suite de tous ceux qui ont droit de legitime, nous avons differé de faire mention des ascendans, qui ayant ce droit par la disposition de la Loy Romaine, *L. nam etsi 45 ff. de inoffic. Nov. 115. cap. 4. auth. ut cum de appellat. §. sive igitur*, en sont exclus par nostre usage, & par une Jurisprudence des Arrests, que l'on peut dire uniforme dans le païs coutumier, excepté à l'égard des Coutumes de Bordeaux & d'Acs: & cette Jurisprudence a esté établie cy-dessus au chapitre de la succession des ascendans, où nous avons fait voir que nonobstant cet établissement, il y auroit lieu d'ajuger des alimens à un pere qui seroit dans la necessité, contre un legataire universel de son fils: Les questions concernant la legitime des ascendans en païs de Droit écrit viendront dans les sections suivantes; mais l'on peut demander en cet endroit si en païs coutumier on ne devroit pas accorder une legitime aux ascendans, & leur donner la querelle, lorsque le testateur a institué une personne infame? Il y a des raisons pour l'affirmative qui sont, que les peres ont encore plus sujet de se plaindre d'un si mauvais choix, que non pas les freres: parcequ'on leur doit plus qu'aux collateraux, que l'inspection des mœurs leur appartient, qu'ils peuvent substituer à leurs enfans, & les faire interdire pour prodigalité & pour débauche, ce qui regulierement n'est pas permis aux collateraux. Il y a aussi des raisons pour la negative, qui sont, que les peres n'ont point de legitime, & ne peuvent intenter de querelle d'inofficiosité par les raisons generales, pour lesquelles il a esté dit, à l'endroit cy-dessus allegué, qu'on avoit refusé la legitime aux ascendans dans nostre Droit coutumier: & principalement parceque ç'auroit esté mettre les enfans en interdit, que de leur imposer ce joug, outre la reserve des quatre quints de leurs propres, à laquelle ils sont obligez: ce qui les auroit empêché de disposer tant de leurs meubles & acquests, qui sont les fruits de leurs travaux & de leur industrie, que de la meilleure partie de leurs propres. D'où il semble que l'on peut conclure que la seule note d'infamie, en la personne de celuy que le fils a fait son legataire universel, ne suffit pas pour donner au pere la querelle d'inofficiosité, puisqu'elle ne produit point une incapacité absoluë, mais seulement respective, & par rapport aux freres, comme il a esté dit, un bâteleur ou banni à temps, n'étant pas moins capable d'un legs universel, que toute autre personne, pourvû qu'on ne le préfere pas à des freres. En un mot, la Loy appelle les freres en ce cas, & nous la suivons à cet égard, y

35. De la legitime des ascendans: Renvoy.

36. S'ils ont legitime parmi nous, *turpi personâ institutâ.*

37. Raisons pour la negative.

ayant même plusieurs de nos Coutumes, qui en ont une disposition précise, & qui appellent les freres à la querelle d'inofficiosité dans les cas qu'elle leur est permise par le Droit, comme la Coutume de Bourgogne, chapitre 7. article 9. celle d'Orleans article 277. mais on a refusé dans nostre usage ce droit aux peres indistinctement, peut-estre par cette raison qu'ils n'ont naturellement aucun droit sur la succession de leurs enfans, & que leur titre ne consiste que dans la commiseration que l'on a pour eux selon la Loy 15. *ff. de inoffic. test.* Aussi on ne les a fait heritiers que d'une certaine espece de biens: & il semble qu'on ne leur a pas donné un titre universel, sans lequel ils ne pouvoient pas estre admis à la querelle d'inofficiosité qui est une action extraordinaire, qui ne peut estre accordée qu'à ceux à qui les Coutumes & l'usage la donnent précisément. Autre chose seroit si l'incapacité estoit respective entre le legataire & le testateur; comme si le testateur avoit fait un legs universel à sa concubine: car en ce cas, non seulement le pere, mais tout autre heritier seroit recevable, selon nos mœurs, à faire reduire la disposition à de simples alimens, ou à une provision competante.

18. Que la querelle des freres ne profite pas aux ascendans. L'on pourroit aussi conclure, sur le fondement de ce qui vient d'estre dit, que dans nostre Droit si le défunt, lequel a institué une personne infame, a laissé un pere & des freres, la querelle d'inofficiosité, que les freres auront droit d'intenter, ne profitera qu'à eux seuls, & non point au pere; la note d'infamie ne produisant qu'une incapacité respective, & par rapport aux freres.

39. Resolution que l'équité demande que l'on s'écarte de toutes ces regles. Et quoique la rigueur des regles feroit conclure ainsi dans l'une & l'autre question, & que de premiers Juges pourroient difficilement donner à un pere la querelle d'inofficiosité, ni le faire profiter de celle des freres; neanmoins j'estime que l'un & l'autre se pourroit obtenir de l'équité de la Cour, & que quand l'espece s'en presentera, la Cour ne fera point de difficulté d'admettre le pere, qu'une si injuste préference offense si fort, à accuser le testament de son fils d'inofficiosité, ou à se joindre avec ses autres enfans, ou même à s'appliquer le profit de leur action, & de leur querelle d'inofficiosité: parcequ'encore que nous ayons refusé aux ascendans le droit de legitime, & la querelle d'inofficiosité, ce n'a pas esté dans un cas comme celuy-cy, où le mauvais choix que le fils a fait d'un heritier ou d'un legataire universel, interesse plus le pere que personne de la famille: où il ressent une double douleur de la perte, & de l'ingratitude de son fils: où sa tendresse a tant à souffrir dans ce renversement de l'ordre naturel; & son honneur, dans une si injuste préference.

SECTION III.

De la quotité de la Legitime.

SOMMAIRE.

1. *De l'ancienne & de la nouvelle quotité de la legitime.*
2. *Quelle sera la legitime de cinq petits-fils nez d'un fils unique.*
3. *Quelle sera la legitime de cinq petits-fils d'un fils predecedé, & de cinq autres aussi d'un fils predecedé.*
4. *Inconvenient de la quotité reglée par le Droit Romain.*
5. *Trois sortes de Coutumes sur la quotité de la legitime.*
6. *Quelle quotité l'on doit suivre dans les Coutumes qui n'en parlent pas, ou celle reglée par le Droit Romain, ou celle par la Coutume de Paris.*

Raisons pour s'attacher au Droit Romain.

7. *Antiquité du Droit Romain en ce Royaume.*
8. *Que ceux qui ont redigé ou reformé les Coutumes, n'ont pû songer sur ce sujet à la Coutume de Paris.*

Raisons pour suivre la Coutume de Paris.

9. *Que les articles de nouvelle reformation, dans la Coutume de Paris, sont fondez sur d'anciens usages.*
10. *Autre inconvenient dans la quotité reglée par le Droit Romain.*
11. *Reprise de l'inconvenient marqué au nombre 4.*
12. *Arrests pour suivre la Coutume de Paris.*
13. *Exception pour les Coutumes qui suivent ordinairement le Droit Romain.*
14. *Exemple tiré de la question de l'âge pour tester.*
15. *Autre exception, que quelques-uns font au Palais, des Coutumes qui reglent les reserves.*
16. *Autorité pour cette exception.*
17. *Avis contre cette exception.*
18. *Qu'il ne faut jamais confondre les deux legitimes, l'une qui s'appellent* de droit, *& l'autre qui se nomme* coutumiere, *& de leurs differences.*
19. *Si on peut estre heritier & legitimaire en deux diverses Coutumes.*
20. *Examen de la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'article 45. de la Coutume du Comté de Bourgogne, & si la legitime se partage toûjours par testes.*
21. *Renvoy pour la legitime de l'aîné.*
22. *Que la legitime des ascendans a esté augmentée par la Novelle.*
23. *Que cette augmentation ne va pas audelà du tiers.*
24. *Exception.*
25. *Si la legitime des ascendans lorsqu'il y a des freres germains, est le tiers de tous les biens; ou seulement de ce qu'ils auroient eu* ab intestat.
26. *Raisons de l'opinion de Bartole.*
27. *Raisons de Balde.*
28. *Opinion mitoyenne.*
29. *Que les freres diminueroient la legitime des ascendans contre leur propre interest.*
30. *Inconvenient dans l'opinion de Bartole.*
31. *Que dans cette espece particuliere la legitime est une portion des biens de la succession.*
32. *Autoritez & Arrests.*

Quid *si le testateur n'a institué qu'un de ses freres.*

33. *Pretention des ascendans, de pouvoir avoir une legitime, sans que le fils ait disposé.*
34. *Quelle est la legitime de la mere, aux termes de l'Edit des meres.*
35. *Resolution qu'elle n'a que le tiers de ce qu'elle*

auroit eu ab intestat, quand c'est un heritier présomptif qui est institué.
36. *Réponse au terme de* legitime *qui se trouve dans l'Edit.*
37. Secus *quand le défunt a institué un étranger.*
38. *Exception.*
39. *De la double quarte.*
40. *Autoritez prétenduës pour l'établissement de la double quarte.*
41. *Qu'il n'y a point de texte précis pour la double quarte.*
42. *Que la double quarte n'a point lieu en païs coutumier.*
43. *Si la legitime des freres a esté aussi augmentée par la Novelle.*

1. De l'ancienne & de la nouvelle quotité de la legitime.

LA legitime des enfans par le Droit du Digeste & du Code, estoit la quatriéme partie de la succession, *L. Papinianus 8. §. 8. ff. de inoff. L. cum quaeritur 6. C. eod.* Ce qui est corrigé par la Novelle 18. chapitre 1. d'où est tirée l'Authentique *Novissima C. de inoff. test.* qui augmente la legitime, & donne le tiers des biens aux enfans, s'ils sont quatre, ou moins; & la moitié, s'ils sont cinq, ou plus. Surquoy l'on peut demander quelle sera la legitime des petits-fils, que l'on peut supposer au nombre de cinq d'un même pere, qui estoit fils unique, & quelle elle sera, s'ils viennent avec cinq autres petits-fils nez d'un autre fils ?

2. Quelle sera la legitime de cinq petits fils nez d'un fils unique.

Dans le premier cas, & supposé qu'il n'y ait que cinq petits-fils d'un même fils, il semble que la mort prématurée de leur pere, ne doit pas restraindre la liberté de tester de leur ayeul, ni faire qu'au lieu qu'il ne devoit à son fils, que le tiers de ses biens pour sa legitime, il doive la moitié de ses mêmes biens à ses petits-fils: cependant il faut dire, que les petits-fils auront la moitié des biens pour leur legitime: parcequ'estant tous cinq d'un fils unique, & n'y ayant ni oncles ni cousins germains, qui viennent en concurrence avec eux, ils ne viennent point par representation: car là où il n'y a point de concurrens de diverses souches, il ne peut y avoir de representation actuelle ni habituelle, & c'est le sens de la Novelle 118. chap. 1. Ainsi ces petits-fils, qui estoient en la puissance de l'ayeul, & estoient ses plus proches heritiers, luy succedant par têtes, & estant au nombre de cinq, ils auront six onces dans les douze, dont on compose ordinairement la succession : c'est à dire, qu'ils auront chacun un dixiéme au total des biens. Et il ne sert de rien de dire, que si le pere eût vécu, il n'auroit eu que le tiers, & que la Novelle 118. appellant les petits-fils, ne leur promet que les parts & portions que leur pere auroit eu s'il eût vécu : *tantam de hereditate morientis accipientes partem ; quantam eorum parens, si viveret, habuisset* : parce qu'en ces occasions la Loy subroge le pere au lieu du fils du prédecedé, & l'ayeul devient le pere de ses petits-fils. Aussi le texte de la Novelle 118. chapitre 1. est pour le cas de la representation dans la succession *ab intestat*, & dans cette espece les petits-fils representant la personne de leur pere, avec leurs oncles ou leurs cousins germains, ne doivent pas avoir plus que leur pere auroit eu s'il avoit vécu; mais dans nôtre espece les petits-fils viennent de leur chef, & sans aucune representation: parcequ'ils sont heritiers immediats de leur ayeul : & ils n'ont point de concurrens d'une autre branche. Ainsi la quotité de leur legitime dépend de leur nombre : au contraire, si l'ayeul laisse un fils, & des enfans d'un autre fils, il ne leur appartiendra à tous, pour droit de legitime, que le tiers : parce qu'en ce cas, ils viennent par souches.

3. Quelle sera la legitime de cinq petits fils d'un fils prédecedé, & de cinq autres aussi d'un fils prédecedé.

Et dans nôtre second cas, quand l'ayeul laisse cinq enfans d'un fils prédecedé, & cinq d'un autre aussi prédecedé, il ne leur appartiendra non plus à tous que le tiers des biens, parce qu'ils viennent tous par representation de deux freres. Voilà ce qui est des regles de Droit : & nous en avons un conseil d'Alexandre, qui est le 43. du second Volume. Mais à examiner la chose de prés, toutes ces dispositions ne sont pas d'une égale équité: car pourquoy cinq petits-fils d'un fils unique, auront-ils la moitié des biens quand ils viennent tous seuls, & cependant quand ils viennent en concurrence avec un oncle, ou avec cinq autres cousins germains enfans de cet oncle, ils n'auront tous ensemble qu'un tiers à partager entre les diverses souches : comme s'il ne suffisoit pas que le nombre diminuë la legitime de chacun en particulier, sans qu'il diminuë celle de tous les enfans en general : & si cinq petits-fils, nez d'un fils, devoient plus avoir à eux cinq, que dix petits-fils nez de deux fils, à eux dix. Certes, nos Coutumes sont beaucoup plus équitables, de faire une legitime uniforme, qu'elles fixent ordinairement, comme celle de Paris, à la moitié de ce qu'on auroit eu sans les dispositions : & suivant cela, il n'arrive point de pareils inconveniens.

4. Inconvenient de la quotité reglée par le Droit Romain.

Il y a neanmoins trois sortes de Coutumes à distinguer dans le Royaume. La premiere, de celles qui ne reglent point la quotité de la legitime des enfans, & ce sont la plûpart des Coutumes du Royaume.

5. Trois sortes de Coutumes sur la quotité de la legitime.

La seconde, de celles qui s'en rapportent au Droit écrit, comme Reims, art. 234. & Melun, art. 232.

La troisiéme, de celles qui déterminent précisément cette quotité, comme Paris, Calais & Chauny.

A l'égard des premieres, ç'a esté une question fort agitée, & sur laquelle la Jurisprudence a un peu varié, que de sçavoir quel droit on devoit suivre pour la quotité de la legitime, dans ces Coutumes qui n'en parlent point, ou de celuy nouvellement établi par la Coutume de Paris, ou du Droit Romain.

6. Quelle quotité l'on doit suivre dans les Coutumes qui n'en parlent pas, ou celle reglée par le Droit Romain, ou celle par la Coutume de Paris.

Raisons pour s'attacher au Droit Romain.

Raisons pour s'attacher au Droit Romain.

Il y a eu des Raisons pour s'attacher au Droit écrit, & les Arrests ont autrefois suivi ce parti. L'on consideroit le long-temps, pendant lequel le Droit Romain s'est observé dans le Royaume, depuis Jules Cesar, c'est à dire 48. ans avant la Naissance de Nôtre Seigneur, jusques au declin de la seconde Race de nos Rois, & environ l'an 900. & depuis la fin du dixiéme siecle, que le droit de Justinien commença à paroître, auquel on s'attacha derechef, & que l'on suit encore aujourd'huy, non pas comme Loy, puisqu'au contraire il y a d'anciennes Ordonnances, qui défendent de le citer pour Loy dans les plaidoiries, & de l'opposer aux Coutumes & aux Ordonnances; mais comme une raison écrite, qui prévoit une infinité de cas, qui ont esté obmis dans nôtre Droit, comme l'a tres-bien observé Maistre Charles du Molin, sur la Coutume de Paris, tit. 1. nombre 110.

7. Antiquité du Droit Romain en ce Royaume.

En second lieu, l'on ne pouvoit s'imaginer qu'il y eût aucune apparence de s'attacher à la Coutume de Paris, pour regler la quotité de la legitime dans les Coutumes qui ne la déterminent pas précisément : puisque si ceux qui ont travaillé à la

8. Que ceux qui ont redigé ou reformé les Coutumes, n'ont

pû songer sur ce sujet à la Coutume de Paris.

redaction, ou à la reformation de ces Coutumes, se sont voulu rapporter à quelque autre Droit, ce n'estoit point à celuy qui est établi par l'art. 298. de la nouvelle Coutume de Paris : dautant que la reformation n'est que de l'an 1580. depuis lequel temps, il y a eu peu de Coutumes ausquelles on ait touché : & ce qui justifie qu'ils s'estoient rapportez au Droit Romain, c'est qu'il n'y avoit avant ce temps aucunes de nos Coutumes, à l'exception de celle de Bourgogne, qui reglât précisément la quotité de la legitime. Voilà les raisons principales que l'on alleguoit, & sur lesquelles plusieurs s'estoient fondez, aussi bien qu'un tres-grand nombre d'Arrests, qui avoient fait là-dessus une Jurisprudence uniforme.

Raisons pour suivre la Coutume de Paris.

Raisons pour suivre la Coutume de Paris.

L'on s'est fait depuis d'autres vûës & de nouveaux motifs, & l'on a consideré en premier lieu, que la disposition du Droit Romain, de la maniere qu'elle déterminoit la quotité de la legitime, avoit ces inconveniens dont il vient d'estre parlé. En second lieu, que le Droit Romain n'est point le Droit commun de la France; mais qu'à proprement parler, nôtre Droit commun consiste en de certains usages qui regnent dans tout le Royaume, comme dans la matiere des fiefs & des censives, dans celles du retrait lignager, des testamens & des successions, selon Maistre Charles du Molin, sur le titre 1. de la Coutume de Paris, nombre 106. & 107. & ce fondement présupposé, on a consideré, que les articles de nouvelle reformation de la Coutume de Paris, devoient plûtost estre observez dans les cas obmis par les autres Coutumes, quoique reformées long-temps auparavant, que non pas les anciens articles, puisqu'ils estoient tirez de la Jurisprudence des Arrests, & fondez sur des motifs tres-importans.

9. Que les articles de nouvelle reformation dans la Coutume de Paris, sont fondez sur d'anciens usages.

Enfin, l'on a examiné quel estoit le parti le plus juste : & l'on a jugé qu'il estoit bien plus à propos de faire ensorte que chacun des enfans eût pour sa legitime la moitié de ce qu'il auroit eu sans les dispositions de son pere ; que d'ordonner qu'ils eussent un tiers dans les biens, soit qu'il n'y eût qu'un enfant, soit qu'il y en eût quatre ; ou une moitié, soit qu'il y en eût cinq, soit qu'il y en eût dix ou davantage: ce qui se verifie dans cet exemple, où l'on suppose d'une part, qu'un pere ait laissé douze mille livres de biens, & quatre enfans : car en ce cas, chacun de ces enfans, suivant la Novelle 18. & l'Authentique *Novissima C. de inoff. test.* aura mille livres pour sa legitime: puisqu'ils ont le tiers entr'eux, c'est à dire, quatre onces dans les douze, & quatre mille livres dans les douze mille livres. Cependant si l'on suppose d'autre part, qu'ils sont cinq enfans, ils auront chacun douze cens livres: car ils auront six onces entr'eux dans les douze, & six mille livres dans les douze mille livres : ce qui estant partagé entre cinq, leur produira douze cens livres chacun. Or il est difficile de rendre une bonne raison, pourquoy lorsqu'il n'y a que quatre enfans, chacun d'eux a moins pour sa legitime, que lorsqu'il y en a cinq; car le contraire devroit arriver : & cet inconvenient ne se trouve pas dans la Coutume de Paris, où les enfans ont plus chacun pour leur legitime, quand ils sont en moindre nombre, & ont moins, quand ils sont en plus grand nombre, conformément à ce qui se seroit trouvé, si le pere n'avoit point disposé.

10. Autre inconvenient dans la quotité reglée par le Droit Romain.

De même à l'égard de la legitime des petits-fils, cinq petits-fils nez d'un fils unique, ont entr'eux, selon le Droit écrit, une moitié pour leur legitime, & ces cinq petits-fils venant avec autant de cousins germains, enfans d'un autre fils du défunt, n'ont qu'un tiers à partager entre les deux branches, comme il a esté observé cy-dessus : parce qu'ils viennent par representation de deux fils seulement. Ainsi celuy qui doit fournir la legitime, conserve plus, & restituë moins quand il y a des enfans de deux fils, que quand il n'y en a que d'un fils unique : ce qui n'est pas juste ; au lieu que dans la Coutume de Paris, si quelqu'un décede laissant cinq petits-fils d'un fils unique, & douze mille livres de bien, la legitime d'un chacun sera de douze cens livres. Que si avec ces cinq petits-fils, il y a encore cinq autres petits-fils d'un autre fils, en ce cas, celuy qui doit la legitime à tous ces petits-fils, ne profitera point de ce que dans cette concurrence des enfans de deux branches, ils viendront tous par representation, & n'en donnera pas moins, comme il arrive dans le Droit; mais les petits-fils estant de deux branches, chacune branche qui auroit eu six mille livres *ab intestat*, ce qui auroit fait douze cens livres pour chacun des enfans, sans les dispositions, aura trois mille livres, ce qui fera à chacun des enfans six-cens livres pour sa legitime : & dans l'un & l'autre cas, tous les petits-fils auront six mille livres à partager entr'eux pour leur legitime, soit qu'ils viennent par têtes ou par souches, & le donataire n'aura jamais plus de six mille livres, bien loin d'avoir plus, quand il y a des enfans de diverses branches.

11. Reprise de l'inconvenient marqué au nomb. 4.

Voilà les raisons pour lesquelles la Coutume de Paris est plus équitable sur ce sujet, que le Droit écrit, & pourquoy il est juste, principalement dans le païs qui est pur coutumier, s'il faut ainsi dire, & où la Coutume ne s'est pas conformée ordinairement au Droit, de s'attacher à la disposition de la Coutume de Paris. Aussi la question ayant esté agitée en la Grand'Chambre, à l'Audience de relevée, du Mardy 13. Mars 1672. entre Madame la Princesse de Guymené & Monsieur son fils aîné, & des creanciers, il intervint Arrest, lequel, nonobstant les conclusions de Monsieur l'Avocat General Bignon, qui furent à regler la legitime suivant le Droit écrit, & l'ancienne Jurisprudence, jugea qu'elle auroit lieu, conformément à la Coutume de Paris. Les Avocats des parties estoient Maistres Fourcroy, le Verrier, & Pageau. Il y en a un semblable du 6. Septembre 1674. pour les Coutumes de Touraine, Anjou, & la Rochelle, & en plusieurs endroits où les Coutumes ne disposent point de la quotité de la legitime, c'est un usage uniforme de s'attacher à la Coutume de Paris, comme à Troyes, selon le témoignage de le Grand, sur l'art. 95. de la Coutume, gl. 2. nomb. 9. ce qu'il dit avoir esté approuvé par plusieurs Arrests. Et entr'autres par un rendu dans la cause d'Antoine de Vienne, qui porte en termes précis, que la legitime sera reglée conformément à la Coutume de Paris. Cet Arrest est datté par Maistre Jean Marie Ricard, sur l'article 161. de la Coutume de Senlis, du dernier Aoust 1661.

12. Arrests pour suivre la Coutume de Paris.

Je voudrois excepter de cette décision les Coutumes, où regne l'esprit du Droit Romain, ou dont les procés verbaux renvoyent au Droit Romain pour les cas obmis : comme la Coutume de Bourbonnois, celle d'Auvergne, & celle de Berry, où j'estime que la legitime auroit lieu, suivant le Droit Romain, avec qui elles frayent presque toûjours.

13. Exception pour les Coutumes qui suivent ordinairement le Droit Romain.

Cette distinction peut estre autorisée d'un Arrest du 1. Juin 1545. rendu pour la Coutume de Nivernois, & rapporté par Maistre Guy Coquille,

sur l'art. 7. du titre des Donations, sur un du 1. Avril 1620. pour la même Coutume, rapporté par Monsieur le Prestre, Cent. 1. ch. 83. & sur un du 4. Decembre 1640. rendu pour la Coutume de Ribemont: parceque l'article dernier de cette Coutume, renvoye à la Coutume de Vermandois, pour la décision des cas obmis, & que celle-cy, art. 52. reserve aux enfans leur legitime, selon la raison écrite. Ces Arrests sont rapporrez avec plusieurs autres semblables, par Maistre Jean Marie Ricard, sur l'art. 161. de la Coutume de Senlis.

14. Exemple tiré de la question de l'âge pour tester.

C'est par des motifs à peu prés semblables à ceux sur lesquels nostre proposition principale est fondée, que l'on a jugé depuis peu contre l'ancienne Jurisprudence, par Arrest du 5. Avril 1672. que dans les Coutumes qui ne font point mention de l'âge de tester, l'on ne devoit point suivre le Droit écrit, qui le fixe à quatorze ans; mais l'article 293. de la Coutume de Paris, qui le regle à vingt ans pour tester des meubles, acquests & conquests immeubles, & à vingt-cinq ans pour tester du quint des propres. Mais quoiqu'il y ait apparence que l'on s'attachera à l'avenir à cette derniere Jurisprudence, dautant que les trois seules Coutumes qui ont esté reformées depuis la Coutume de Paris, qui sont Orleans, Calais, & Chauny, s'y sont conformées, quelques uns prétendent qu'il y a quelque distinction à faire entre les Coutumes qui ne reglent point précisément la quotité de la legitime: car ils estiment qu'à l'égard de celles qui défendent de donner par donation entre-vifs, & par disposition testamentaire audelà d'une certaine quotité ou d'un certain gente de biens, l'on doit présumer qu'elles ont voulu que les enfans eussent pour droit de legitime ce qu'elles ordonnent estre ainsi reservé à toute sorte d'heritiers: parceque les Coutumes se doivent expliquer, autant qu'il se peut, par elles mêmes. C'est le sentiment de Pontanus, sur l'art. 173. de la Coutume de Blois, où il dit, *portiones legari prohibitæ, ultra quartam censualium, & quintam feudalium, ex dispositione consuetudinis nostræ, videntur reservatæ liberis & conjunctis loco legitimæ, quam constat jure naturæ debitam.* Et c'est ce qui a esté jugé pour la Coutume d'Anjou, par Arrest du 10. Juin 1624. rapporté par du Fresne, livre 1. chapitre 27. Mais 1. il faudroit pour cela, que la Coutume définît de quoy l'on peut disposer, tant entre-vifs, qu'à cause de mort: car si elle a obmis un des deux cas, comme il se pourroit faire que l'enfant seroit privé de sa legitime dans ce cas obmis, il seroit vray de dire, qu'elle n'auroit pas pourvû à sa legitime: ainsi il faudroit avoir recours à la Coutume de Paris.

15. Autre exception que quelques-uns font au Palais des Coutumes qui reglent les reserves.

16. Autorité pour cette exception.

17. Avis contre cette exceptió.

2. Je douterois fort qu'on se dût arrêter à cet Arrest du 10. Juin 1624. puisqu'il y en a un plus récent du 6. Septembre 1674. rendu en la Grand'-Chambre au profit des creanciers de René du Bueil, qui a jugé, que la legitime de ce René du Bueil en la succession de Jean du Bueil, premier Comte de Sancerre, & sur les biens substituez situez dans les Coutumes de Touraine, Anjou, Poitou, & la Rochelle, seroit reglée suivant l'article 298. de la Coutume de Paris. En effet, il y a deux legitimes qui n'ont rien de commun l'une avec l'autre, l'une que l'on peut appeller *coutumiere*, qui consiste à retrancher les dispositions qui excedent ce dont il est permis de disposer par la Coutume; & l'autre, que l'on peut appeller *legitime de Droit*, qui donne aux enfans ce que le pere leur a dû laisser, & retranche les donations qui entâment cette portion legitime. La premiere est commune aux collateraux & aux enfans; la seconde est particuliere aux enfans: dans la premiere on restraint en general la faculté de disposer; & dans la seconde, on donne un droit à certaines personnes en particulier sur les biens du défunt, dont elles se vengent sur ses dispositions. La prohibition d'aliener les propres au delà d'une certaine quantité, est un établissement à peu prés semblable à celuy de la falcidie, quoiqu'il a pour motif l'interêt des familles; au lieu que la legitime est du droit naturel: & il n'est pas vray de dire, que la legitime coutumiere tienne lieu de la legitime de droit; mais seulement qu'elle s'impute sur la legitime de droit, c'est à dire, que si, par exemple, le testateur avoit donné entre-vifs audelà de ce qu'il est permis de disposer par la Coutume, le legitimaire seroit tenu de faire reduire cette disposition, avant de s'adresser au legataire universel, & aprés cette reduction, il en imputeroit le profit sur sa legitime de droit.

18. Qu'il ne faut jamais confondre les deux legitimes, l'une qui s'appelle *de droit*, & l'autre qui se nôme *coutumiere*, & de leurs differences.

Enfin, un fils ayant laissé des biens à Bordeaux & à saint Sever, son pere prétendit autrefois estre heritier & legitimaire dans ces deux Coutumes, de même que l'on peut estre heritier & legataire dans deux Coutumes differentes, lorsqu'il y en a une où l'on est exclus de la succession: ce qui a esté rejetté par l'Arrest de saint Genest, du 13. Mars 1666.

19. Si on peut estre heritier & legitimaire en deux diverses Coutumes.

Avant que de finir le discours de la quotité de la legitime qui est dûë aux descendans, je proposerai un doute que m'a fait la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 45. de la Coutume du Comté de Bourgogne, de sçavoir si les enfans de deux fils demandant leur legitime sur les biens de l'ayeul, viendront par souches ou par têtes? car cet Auteur dit en cet endroit, qu'encore que la Coutume donne une moitié des biens aux enfans du premier lit, & l'autre aux enfans du second, cela n'a pas lieu dans la legitime, qui se divise toûjours par têtes. *Nisi respectu legitimæ, quæ semper in capita:* Et il cite là-dessus en general ses conseils de Dôle, c'est à dire, volontiers son conseil 36. n. 15. où il dit encore quelque chose de semblable. Et en effet, il semble que quand des petits-fils viennent entr'eux, la representation qui n'est pas actuelle, ne doit pas diminuer la legitime, qui tient lieu d'alimens, lesquels se doivent distribuer également; & qu'au contraire des petits-fils ont droit de demander une portion égale pour leur legitime: & c'est sur ce principe que nous dirons dans la Sect. 9. que le petit-fils n'est pas tenu d'imputer sur sa legitime dans les biens de son ayeul, ce que son ayeul a donné à son pere, à la succession duquel il renonce, parce que comme elle luy tient lieu d'alimens, il ne doit imputer que ce qu'il a reçû luy-même, suivant l'opinion de Bartole. Neanmoins comme cette ouverture nous jetteroit dans beaucoup d'inconveniens, que la Coutume de Paris a voulu éviter en reglant la legitime à la moitié de ce que chacun des enfans ou petits-enfans auroit eu, si le pere n'avoit pas disposé, on la peut negliger justement. Car 1. seroit-il juste qu'en venant toûjours par têtes à la legitime, suivant cette Note de Maistre Charles du Molin, un fils souffrît du prédecés d'un autre fils, qui laisseroit un grand nombre d'enfans? 2. Supposé que cela n'eût lieu que dans le cas d'une simple representation habituelle, & en égal degré, quelle justice y auroit-il encore qu'un petit-fils qui auroit la moitié dans la succession, n'eût peut-estre qu'un dixiéme dans la legitime? Ainsi il est beaucoup plus équitable & beaucoup plus sûr de s'attacher à la disposition generale de la Coutume

20. Examen de la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'article 45. de la Coutume du Comté de Bourgogne, & si la legitime se partage toûjours par têtes.

Coutume de Paris, & de croire que ce que Maistre Charles du Molin a jugé à propos de dire, pour corriger, sur le fait de la legitime, la disposition exorbitante de la Coutume de Bourgogne sur le fait des successions, il ne l'a voulu dire que pour cette Coutume, & quelque autre qui ait une semblable disposition; mais non pas pour en faire une regle generale pour la legitime. Enfin le veritable sens de cette Note de Maistre Charles du Molin, est que la legitime se partage par têtes, & non pas par lits au premier degré: & il auroit décidé autrement s'il avoit parlé du second degré.

21. Renvoy pour la legitime de l'aîné.

Pour ce qui est des questions qui concernent la legitime de l'aîné, comme de sçavoir si elle est pure naturelle, ou avec préciput, & qui est préferable, de la legitime, ou du droit d'aînesse, elles ont esté traitées dans le Chapitre de la succession des fiefs; sect. 1.

22. Que la legitime des ascendans a esté augmentée par la Novelle.

A l'égard de la legitime des ascendans, sa quotité a esté augmentée par la Novelle 18. chap. 1. selon l'interpretation de la plûpart des Docteurs, & principalement de Bartole sur l'Authentique *Novissima C. de inoffic. testam.* En effet, la Novelle, aprés avoir établi l'augmentation de la legitime, elle finit, en disant, que le même doit estre observé à l'égard de tous ceux à qui les Loix donnoient autrefois la quarte legitime: *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est*, & la Novelle 115. qui fait le dernier Droit, aprés avoir reglé les causes d'exheredation, dit au §. 1. du chapitre 3. *Sola est enim nostra serenitatis intentio, à parentibus & liberis, injuriam preteritionis & exheredationis auferre:* ce qui marque que tout ce que le dernier Droit a établi sur ce sujet, est principalement pour les descendans & les ascendans.

23. Que cette augmentation ne va pas audelà du tiers.

Mais cette augmentation ne va pas audelà du tiers, c'est-à-dire, que les ascendans ne peuvent jamais avoir que quatre onces dans les douze, parce qu'ils ne peuvent pas estre plus de quatre, sçavoir les pere & mere, ou bien les deux ayeuls de chaque costé: car les freres qui ne viennent point à la legitime avec eux, & à qui il n'appartient rien de droit, ne font pas nombre pour l'augmenter, & pour la faire aller à la moitié des biens,

24. Exception.

si ce n'est lorsque le testateur a institué une personne infame: auquel cas les freres ont la querelle d'inofficiosité, & font casser avec eux l'institution, s'ils ne sont remplis de leur legitime: & alors la legitime des ascendans & des freres, peut aller jusques à la moitié des biens.

25. Si la legitime des ascendans lorsqu'il y a des freres germains, est le tiers de tous les biens, ou seulement de ce qu'ils auroient eu *ab intestat*.

Il est constant que lorsqu'il n'y a point de freres germains, la legitime des ascendans est le tiers de toute la succession: Mais l'on demande où va cette même legitime, lorsqu'il y a des freres germains? Bartole sur la Loy *Pater filiumff. de inoff. testam.* tient que l'ascendant a le tiers seulement de ce qu'il auroit eu *ab intestat*. Balde, sur la Loy *Planè 34. §. si duobus de legat. 1.* luy est contraire, & estime que c'est le tiers de toute la succession.

26. Raisons de l'opinion de Bartole.

L'opinion de Bartole est fondée sur cette raison, que la legitime est une certaine quotité de la portion que le legitimaire auroit euë à titre de succession, *quarta legitima partis*, & qu'ainsi c'est la portion hereditaire, qui est la mesure, & la regle de la legitime: En quoy il n'y a rien de changé par la Novelle 18. ni par la Novelle 115. d'où il faut conclure que le pere qui n'auroit peut-estre eu qu'un sixiéme dans la succession de son fils, à cause qu'il a laissé cinq freres germains, ne peut pas en avoir le tiers à titre de legitime.

27. Raison de Balde.

L'opinion de Balde est fondée sur ce moyen, que les freres qui n'ont rien à la legitime, ne doivent point la diminuer au préjudice des ascendans, à qui elle est donnée: & de ces deux opinions,

28. Opiniõ mitoyenne.

il en naît une troisiéme qui distingue deux cas. Le premier, auquel l'on suppose que les freres sont instituez, & l'on croit qu'en ce cas, l'ascendant n'a que le tiers de ce qu'il auroit eu *ab intestat*. Le second, dans lequel on suppose que ce sont des étrangers qui ont esté instituez, & dans celuy-cy l'on estime que ne s'agissant pas de l'interest des freres, l'ascendant a le tiers de toute la succession.

Cette derniere opinion me semble la mieux fondée: En effet, lorsque ce sont des freres & sœurs qui sont heritiers instituez, il est assez équitable qu'ils fassent part à leur profit particulier dans la legitime de l'ascendant, par exemple, s'ils sont au nombre de six, & qu'il y ait deux ascendans, il est juste que la legitime de la mere se prenant separément, à cause de l'Edit de saint Maur: à l'égard de celle du pere, les six freres, qui sont heritiers instituez, fassent part à leur avantage, & que le pere qui auroit eu un tiers, *totius substantiæ*, pour se servir des termes de la Novelle, lorsqu'elle parle de la legitime des descendans, ait un tiers diminué par le nombre des enfans, & que comme la mere fait aussi part avec les freres & sœurs, il ait en ce cas, un vingt-quatriéme, c'est-à-dire, le tiers de la huitiéme partie.

Que si quelques-uns prétendent qu'il doit avoir en ce cas le tiers de la moitié, à cause du nombre des enfans, dont la legitime auroit esté à la moitié: Je répons que le pere venant seul icy à la legitime, & les freres & sœurs ne la demandant point, & n'estant point admis à la partager, quoiqu'ils y fassent part, *facientes partem; licet non admittantur ad partem*, il est bien plus juste de regler la quotité de la legitime de ce pere, par rapport à luy, que par rapport aux collateraux.

Enfin cette question a esté jugée à peu prés en ces termes, par Arrest du Mardi 9. Juillet 1691. rendu en l'Audience de la Grand'Chambre, & sur les Conclusions de Monsieur l'Avocat General de Lamoignon.

Que si ce sont des étrangers que le défunt a instituez pour ses heritiers, quelle justice y a-t-il que des freres, qui aprés que leur frere a institué des étrangers, sont exclus de la legitime & de la succession *ab intestat* & testamentaire, diminuent la legitime des ascendans?

29. Que les freres diminueroiẽt la legitime des ascendans contre leur propre interest.

En second lieu, ils le feroient contre leur propre interest: car les biens qui composent en ce cas la legitime du pere, doivent retourner à ces mêmes freres, aprés la mort du legitimaire: c'est ainsi que dans la matiere de l'Edit des meres, l'on juge que lorsque le fils a institué un étranger, la mere doit avoir le tiers de tous les biens en pleine proprieté, nonobstant la disposition de cet Edit, afin que les autres enfans en profitent dans sa succession.

30. Inconvenient dãs l'opinion de Bartole.

En troisiéme lieu, la faculté que l'on accorde aux freres germains de venir en concurrence dans la succession *ab intestat* avec des ascendans, ne doit pas faire que celuy qui laisse un pere & des freres, dispose plus pleinement de son bien, au profit d'un étranger que s'il n'avoit que son pere, ce qui arriveroit, selon l'opinion de Bartole: car le pere, qui *fratribus non existentibus*, auroit eu le tiers pour sa lagitime; *fratribus existentibus*, n'auroit que le tiers de ce qu'il auroit eu *ab intestat*: ainsi le défunt auroit pû disposer

de beaucoup plus, par la seule raison qu'il laissoit des freres, ce qui ne se doit pas admettre.

En quatriéme lieu, les freres qui seroient venus *ab intestat*, & qui ne viennent actuellement ni *ab intestat*, ni en vertu du testament, ne doivent non plus estre considerez en ce rencontre que s'ils n'estoient pas, s'agissant icy de regler la legitime, & non pas la succession. Que si la legitime est une certaine quotité de la portion hereditaire, on répond qu'en ce cas elle est une quotité des biens de l'heredité, plûtost que de la portion hereditaire, ce qu'il faut dire tant de l'ascendant legitimaire, que des freres germains, & quand l'ancien Droit a défini que la legitime estoit *quarta legitima partis*, ç'a esté sur la présupposition que ceux qui auroient concouru avec le legitimaire en la succession *ab intestat*, devoient concourir avec luy dans la legitime : ce qui arrive toûjours en ligne directe descendante. Mais comme la legitime & la succession n'ont pas toûjours les mêmes regles, & que par exemple, des neveux qui viennent avec des freres à la succession par representation, ne viennent pas avec eux à la querelle d'inofficiosité, dans le cas que les freres y soient appellez, c'est à dire, *turpi persona instituta*, lorsqu'il arrive ainsi que le legitimaire a moins de concurrens dans la legitime qu'il n'en auroit eu dans la succession, la legitime devient une quotité de biens, plûtost que de la portion hereditaire.

31. Que dans cette espece particuliere la legitime est une portiõ des biens de la succession.

32. Autoritez & Arrests.

Enfin, cette distinction est suivie au Parlement de Toulouse, selon que l'atteste Monsieur d'Olive, qu. not. liv. 3. chap. 9. & au Senat de Turin, selon Anton. Thesaur. chapitre 172. Voyez Monsieur d'Expilly article 176. nomb. 13. & 14. mais il y a un Arrest contraire dans Henrys, livre 6. chapitre 5. quest. 16.

Quid si le testateur n'a institué qu'un de ses freres.

Que si le testateur n'avoit pas institué tous ses freres ; mais seulement l'un d'entr'eux, on pourroit consentir qu'il fist part dans la legitime du pere commun ; mais ses freres & sœurs n'y devroient point faire part au profit de leur frere heritier institué. Car pourquoy dimimueroient-ils la legitime du pere, n'estant ni heritiers instituez, ni legitimaires, & n'ayant point, en ce cas, la querelle d'inofficiosité ? Ne sçait-on pas qu'en ligne directe, celuy qui renonce gratuitement, ni l'exheredé, ni la fille professe, ne font point part dans la legitime de leurs freres ? parce qu'il seroit injuste que celuy qui n'a rien eu, fût compté comme s'il avoit eu sa part afferante : & cette fiction ne se reçoit qu'à l'égard de ceux dont la renonciation n'est point gratuite ; ou qui ont esté desheritez aprés une donation qui leur est laissée : ou qui estoient aussi donataires avant leur Profession en Religion.

Il faut même avoüer que cette opinion métoyenne qui a esté embrassée par le Parlement de Toulouse, n'est pas reguliere : car on peut bien faire faire part en directe à un fils heritier institué, ou legataire universel dans la legitime de ses freres, laquelle il diminuë par ce moyen à son profit, parce que s'il n'estoit pas institué heritier, il feroit part luy-même, & auroit aussi part dans la legitime, mais il n'en est pas de même dans l'espece dont il s'agit, & en ligne collaterale : dautant que, supposé le testament, les freres n'ont point de legitime, & par consequent, il n'est pas des regles qu'estant instituez, ils fassent part dans la legitime de leur pere. Que si l'on juge à propos, en ce cas, de considerer les freres instituez, plus que des étrangers qui ne font jamais part pour diminuer la legitime de ceux à qui ils la doivent, il semble que cela ne doit estre admis que pour ceux qui sont instituez, ou legataires universels ; & non pas pour ceux qui ne le sont point, & n'ont point de legitime. Cependant l'équité a porté le Parlement de Toulouse à compter les freres instituez pour trouver un milieu raisonnable entre l'opinion de Bartole, & celle de Balde, & l'on peut adherer en cela à ce Parlement, mais non en ce qu'il compte les freres qui ne sont pas instituez.

Cette legitime avantageuse des ascendans, qui ordinairement sont en plus petit nombre que les descendans, leur a donné lieu autrefois de vouloir prendre leur legitime, quoique leur fils n'eût pas disposé de ses biens, croyant qu'ils pouvoient avoir le choix, ou de leur part afferante en la succession en concurrence avec les freres du défunt, ou de leur legitime : en quoy un ascendant trouvoit son compte, en présupposant ce qui vient d'estre établi ; car au lieu qu'il n'auroit eu quelquefois qu'un douziéme dans la succession *ab intestat*, supposé, par exemple, qu'il restât un ascendant & onze freres, il prétendoit un tiers dans tous les biens à titre de legitime, mais on a jugé que la demande de legitime estoit un remede extraordinaire qui ne devoit point avoir lieu, tandis que la succession *ab intestat*, qui est un remede ordinaire, estoit ouverte : ce qui a son fondement dans le Droit & dans le §. *de constituta autem 9. instit. de action.* & ce qui a esté jugé au Parlement de Toulouse par un Arrest rapporté dans Monsieur Maynard, livre 2. chapitre 88.

33. Prétention des ascendans de pouvoir avoir une legitime sans que le fils ait disposé.

Il faut examiner à present quelle est la legitime de la mere en païs de Droit écrit, aux termes de l'Edit de saint Maur du mois de May 1567. communément appellé *l'Edit des meres* : & la difficulté consiste à sçavoir si la mere doit avoir, pour sa legitime, tout ce qui luy est donné par cet Edit, ou au moins la moitié de l'usufruit des propres paternels de son fils, telle qu'elle luy est donnée par l'Edit, & le tiers de ses meubles & acquests : ou si elle se doit contenter du tiers, tant de l'usufruit de la moitié de ces mêmes propres que des meubles & acquests : ce qui a déja esté touché cy-dessus dans le livre 2. chap. 5. de la succession des ascendans, sect. 8. nomb. 20. 21. & 22. où il a esté dit qu'aux termes des Arrests la mere n'a pour sa legitime, que les tiers de ce qui luy est ajugé par cet Edit, supposé qu'elle la demande contre des heritiers présomptifs du défunt qui ayent esté par luy instituez. Et il y en a quelques-uns dans Monsieur d'Olive, livre 3. chap. 9. & la raison de cela est, qu'en general la legitime est une certaine quotité dans ce que l'on auroit eu *ab intestat*, *L. Papinianus §. quoniam ff. de inoffic. testam. Auth. novissima C. eodem.* Ainsi les ascendans ayant le tiers pour leur legitime, la mere doit avoir le tiers de ce qui luy est donné par l'Edit dans la succession *ab intestat*. D'autant plus qu'encore que l'Edit limite le droit des meres dans le general, neanmoins il arrive souvent qu'il est avantageux à la mere, comme lorsqu'il y a beaucoup de meubles & acquests, & peu de propres : auquel cas les freres n'estant point admis en concurrence avec elle, il est vray de dire qu'elle a beaucoup plus, selon l'Edit qu'elle ne trouveroit dans la portion virile que le droit luy donne ; il est juste qu'elle ait moins, quand elle est reduite à sa legitime. En un mot, s'agissant en cela de l'interest des heritiers, & l'Edit n'ayant esté fait que pour conserver leurs droits, cette opinion a toûjours semblé la plus sûre.

34. Quelle est la legitime de la mere aux termes de l'Edit des meres.

35. Resolution qu'elle n'a que le tiers de ce qu'elle auroit eu *ab intestat*, quand c'est un heritier présomptif qui est institué.

Que si l'Edit en donnant à la mere l'usufruit de

36. Répon-

se au terme de *legitime* qui se trouve dans l'Edit.

la moitié des propres de son fils, s'explique que c'est *pour tous droit de legitime, part & portion dudit heritage*, il a usé de ces termes, comme de synonymes, & n'a designé purement & simplement que la legitime portion *ab intestat*, & non pas la legitime specifiquement dite: & cela sur le fondement de la relation qu'il y a de l'une à l'autre, comme dans l'Authentique *Unde & si parens C. de inoff. testam.* & plusieurs autres textes, la legitime y est designée par le mot de *falcidie*, en consequence du rapport qu'il y a entre ces droits.

Enfin, c'est la Jurisprudence des Arrests, qui ont esté rapportez dans le même chapitre de la succession des ascendans, & ce fut un des points de l'Arrest du 9. Juillet 1691. cy-dessus rapporté.

37. *Secus* quand le défunt a institué un étranger.

Il faut dire tout le contraire lorsque le défunt a institué un étranger: car, en ce cas, les motifs de l'Edit cessant, & ne s'agissant plus de conserver les propres dans leur ligne, la mere doit avoir, pour sa legitime, le tiers de tous les biens en proprieté: ce qui a esté jugé par un Arrest du 28. Novembre 1579. rapporté par Maistre René Chopin sur la Coutume d'Anjou, livre 3. chapitre 3. titre 2. nomb. 5. ☞ Et par un rendu en la troisiéme Chambre des Enquestes le 9. Juillet 1683. confirmatif d'une Sentence du Lieutenant General de Villefranche en Beaujolois, dans le cas qu'une femme ayant une mere & des freres, avoit institué son mari son heritier, & fait ses freres ses legataires: car on jugea en ce cas par cet Arrest, qui est rapporté dans le Journal du Palais, Partie 9. page 222. que la mere avoit le tiers de tous les biens pour sa legitime, parce qu'elle se prenoit aux dépens d'un heritier étranger:] mais

38. Exception.

cela reçoit encore exception au cas que l'étranger n'eût esté institué que pour les meubles & acquests. car en ce cas, la legitime de la mere seroit seulement du tiers des meubles & acquests en proprieté, & du tiers dans l'usufruit de la moitié des propres.

39. De la double quarte.

Enfin, quoique la question de la double quarte soit plus des matieres testamentaires, que de nostre sujet, il faut dire en passant, que les Interpretes du Droit ne se sont pas contentez de l'augmentation de la legitime établie en faveur du fils par la Novelle 18. mais ils luy ont donné outre cela la Trebellianique en certains cas, & lorsque le legitimaire étant heritier institué, est chargé de legs ou de fideicommis. Ensorte qu'un fils unique, par exemple, outre son tiers, c'est à dire, ses quatre onces dans les douze, a la quatriéme partie des huit onces restans, c'est à dire, deux onces, ainsi il luy revient, en ce cas, six onces dans les douze: ce qu'ils appuyent de cette raison particuliere, que la legitime n'est point sujette à restitution, & que le fils la doit prendre avant toutes choses, & cela *jure proprio*; mais que ce même fils institué heritier, & chargé de restituer, déduit ensuite, en cette qualité, sa quarte Trebellianique: ce qui resulte du chapitre 1.

40. Autoritez prétenduës pour l'établissement de la double quarte.

de la Novelle 39. qui dit, *Primum quidem servet filio legitimam partem*, & un peu plus bas, *deinde ex reliqua substantia parte, si non suffecerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem, honeste, & secundum personarum qualitatem & merita, excipere etiam hoc ad restitutionem, &c.* par où l'Empereur s'explique assez que la legitime se déduit avant toutes choses, & qu'elle n'est point sujette à restitution, puisque le fils ne l'auroit pas moins euë, quand le pere auroit institué tout autre heritier, & ce que d'autres fondent sur la Loy *quoties ff. ad L. falcidiam*, quoique cette application soit refutée par Monsieur Cujas en ses observations, livre 8. chapitre 4. d'où il suit que le fideicommis ne peut estre que des huit onces restans, la legitime déduite, sur lesquelles seulement la quarte Trebellianique doit estre prise: ce qui se doit décider, disent-ils, de la même maniere, qu'il est porté en la Loy *Sequens questio 68. de legat. 2.* que si un mari ayant institué sa femme, l'a chargée d'un fideicommis, elle n'est point obligée de restituer ce qu'il luy a donné entre-vifs: parce que cela luy appartient déja par un autre titre, & elle ne l'auroit pas moins obtenu, quand le mari auroit institué tout autre heritier: *quia ea habitura esset etiam alio herede existente*: mais ce seroit bien

41. Qu'il n'y a point de texte précis pour la double quarte.

mieux fait, à mon avis, de convenir qu'il n'y a point de texte dans le Droit Civil, qui établisse la déduction de la double quarte; & que neanmoins il y a sujet de la pratiquer dans les Provinces de Droit écrit, tant à cause de la disposition du chapitre *Raynutius*, & du chapitre *Raynaldus extr. de testam.* qu'à cause de l'usage qui l'a établie, lequel est autorisé en ces Provinces, par toutes les Cours Souveraines, & principalement de l'équité, qui veut, qu'un fils à qui il appartient une legitime, & qui est dans le Droit commun, pour avoir une quarte Trebellianique, ait plus, en ce cas, qu'un étranger qui auroit esté chargé de fideicommis. Car il faut demeurer d'accord, aprés avoir examiné les textes sur lesquels la commune opinion, & même l'opinion contraire, sont appuyées, qu'il n'y en a aucun de précis pour l'un ni pour l'autre parti: ce qui fait que les Docteurs se refutent aisément dans cette question sur le fait des décisions du Droit Civil, comme il se voit dans Hotoman, qu'illustres, chap. 35. & dans la Dissertation qu'il a faite exprés contre le chapitre *Raynutius*, dans Alexandre, liv. 2. cons. 142. & dans plusieurs autres.

Les Parlemens de Droit écrit ont aussi appliqué la double quarte aux ascendans, comme il se voit chez Monsieur d'Olive, livre 5. chapitre 27.

42. Que la double quarte n'a point lieu en païs coutumier.

mais la double quarte ne s'admet jamais dans le païs coutumier; & même par l'Arrest de Clermont-Tonnerre du 7. Mars 1548. rapporté par Papon, livre 20. titre 5. Arrest 3. on l'a rejettée pour une succession du païs de Dauphiné.

43. Si la legitime des freres a esté aussi augmentée par la Novelle.

A l'égard de la legitime des freres, on a douté autrefois si elle estoit augmentée, aussi bien que celle des ascendans & des descendans: la plûpart décident qu'il n'y a pas de sujet de leur contester cette augmentation, puisque la Novelle 18. chapitre 1. dit expressément, qu'elle aura lieu pour tous ceux qui avoient l'ancienne quarte, *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est.* Cependant il faut dire le contraire, puisque les freres ne peuvent venir contre la disposition que dans le seul cas d'une institution faite au profit d'une personne infame, & que dans ce cas ils n'ont pas une simple legitime; mais ils font casser la disposition pour le tout, suivant ce que nous avons établi dans la section 2. nombre 31.

SECTION IV.

Si la legitime peut estre diminuée par quelque charge ou condition.

SOMMAIRE.

1. *Qu'en Droit la legitime ne peut estre grevée.*
2. *Si un pere peut recompenser son fils en usufruit, de ce qu'il luy ôte de sa legitime en pleine proprieté.*

Raisons pour l'imputation.

3. *Que le fils recompensé n'a pas sujet de se plaindre.*
4. *Que les donations testamentaires s'imputent sur la legitime.*

Préjugez pour l'imputation.

5. *Arrest pour l'imputation.*
6. *Autres Arrests pour l'imputation.*

Moyens contre l'imputation.

7. *Que l'opinion qui rejette toute imputation, est fondée sur la volonté présumée du testateur.*

Resolution pour l'imputation.

8. *Qu'il faut qu'en cas que le legitimaire se tienne à sa pleine legitime, il y ait quelqu'un qui puisse profiter de l'excedant de l'usufruit.*
9. Quid *s'il n'y a point d'heritier pour recueillir cet excedant.*
10. *Qu'il est bien défendu de diminuer; mais non pas de convertir la legitime.*
11. *Que l'opinion de l'imputation est contraire au Droit Romain.*
12. *Clause pour obliger à l'imputation.*
13. *Cas où l'on donne atteinte à la legitime.*
14. *Si un pere peut substituer reciproquement ses enfans, même pour leur legitime.*
15. *Resolution pour la negative.*
16. *Qu'en ce cas les instituez se peuvent obliger l'un l'autre d'accepter la substitution; ou de renoncer à la disposition.*
17. *Quand la joüissance de l'institué est une fin de non recevoir contre ses heritiers, qui demandent sa legitime en pleine proprieté.*
18. *De l'imputation des fruits sur sa legitime.*
19. *Si un pere peut stipuler que ce qu'il donne à la fille & qui luy tient lieu de legitime, n'entrera pas en la communauté de sa fille.*
20. *Que les Docteurs ne s'accordent pas sur la question si la mere peut stipuler que le pere n'aura pas l'usufruit, même sur la legitime qu'elle a laissée à son fils.*
21. *Que si l'on s'attache à l'Authentique* ut liceat, *la legitime du fils ne peut estre laissée avec prohibition au pere d'y percevoir aucun usufruit.*
22. *Que les raisons plûtôt que les autoritez, sont pour permettre à la mere de stipuler cette clause, même sur la legitime du fils.*

1. Qu'en Droit la legitime ne peut être grevée.

Il n'y a rien de mieux marqué dans les Loix que cette proposition, que la legitime n'est susceptible d'aucune charge, la Loy *Quoniam 32. C. de inoffic. testam.* y est formelle, *ut si conditionibus quibusdam vel dilationibus, aut alia dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum jura qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio, vel dilatio, vel alia dispositio, moram vel quodcumque onus introducens, tollatur.* Et la Novelle 18. chap. 3. aprés avoir observé qu'un mari laissant l'usufruit à sa femme, & la proprieté à son fils, comme il arrive souvent, sembloit avoir envie de rendre sa femme sa seule & unique heritiere, par la mort de son fils, à qui il ne laissoit pas de quoy subsister, conclut ainsi, *non licebit igitur de cætero ulli omnino filios habenti, tale aliquid agere: sed modis omnibus ei hujus legitimæ partis, quam nunc deputavimus, & usumfructum insuper, & proprietatem relinquat.*

2. Si un pere peut recompenser son fils en usufruit de ce qu'il luy ôte de sa legitime en pleine proprieté. Raisons pour l'imputation.

Mais c'est une question trés importante, que de sçavoir; si un pere ne peut pas recompenser son fils en usufruit de ce qu'il luy ôte de sa legitime en proprieté, ou le recompenser en proprieté, de ce qu'il luy ôte en usufruit: comme si devant à son fils mille écus pour sa legitime, il luy donne l'usufruit de quinze cens écus, ou s'il luy donne les quinze cens écus en proprieté, sous la reserve de l'usufruit au profit d'un autre: Ce qui étant traité sur le fondement des principes du Droit Romain, fait peu de difficulté: car la Loy *Scimus 36. §. 1. vers. sancimus C. de inoffi. testam.* décide expressément, qu'un pere ayant institué un étranger, à la charge de restituer lors de sa mort, ses biens à son fils, l'on doit donner à ce fils sa legitime en pleine proprieté, sans attendre le decés de l'heritier institué, & le surplus aprés la mort de cet heritier: Ainsi la Loy ne compense point ce qui excede la legitime en pleine proprieté, avec l'usufruit que le testateur retranche au legitimaire. Neanmoins le droit exceptoit le cas de la prodigalité, & quand le pere substituoit ses petits-enfans à son fils, *addita causa necessitateque judicii ;ui L. 16. §. 2. de curat. furios.* Mais pour sçavoir comment la chose doit être décidée dans nôtre Droit, il faut examiner, 1. ce qui est de justice à cet égard, 2. s'il n'y a point de préjugez sur ce sujet.

Raisons pour l'imputation.

A l'égard du premier point, il semble qu'il est juste, que l'excedant en pure proprieté, ou en simple usufruit, s'impute sur la legitime de l'enfant, tant au profit d'un étranger, que d'un heritier du sang d'un legataire, que d'un heritier, & d'un legataire particulier, que d'un legataire universel: parce qu'en premier lieu, le fils ne peut demander sa legitime, qu'en accusant d'inofficiosité des donations entre-vifs, ou testamentaires de son pere: & on ne donne atteinte, en ce cas, à ces dispositions, que parce que le pere, ou n'a point du tout, ou n'a pas assez consideré son sang. Ainsi avant que d'en venir à cette extremité, il faut examiner à la rigueur, si le fils a sujet de se plaindre, & si on luy a ôté ou retranché injustement sa legitime. Que s'il est recompensé d'une façon ou d'autre, on luy doit fermer la bouche, & même il faut qu'il restraigne son action, à proportion de ce qu'il luy a esté laissé, l'heritier institué, & le legataire universel ou particulier, le peuvent obliger à cela: parce qu'ils usent d'exception, ayant pour eux la disposition du testateur. Que s'il veut sa legitime en pleine pro- 3. Que le fils recompensé n'a pas sujet de se plaindre.

prieté, il doit abandonner la disposition, & renoncer à cet excedant d'usufruit ou de proprieté.

4. Que les donations testamentaires s'imputent sur la legitime.

En second lieu, il est des regles que les donations testamentaires s'imputent sur la legitime : ainsi il semble que le fils doit compenser, s'il veut profiter de la disposition.

Préjugez pour l'imputation.

Préjugez pour l'imputation.

Et pour le second point qui concerne les préjugez, l'on se peut servir pour établir la même opinion, d'un Arrest d'Audience rendu le Mardi matin 12. Mars 1680. par lequel on a jugé, que le sieur Moreau de Villiers, Controlleur de la Maison du Roy, & Damoiselle Catherine Rheims sa femme, ayant fait par leur contrat de mariage une donation mutuelle au profit du survivant, de tous les biens du prédecedé, tant en proprieté, qu'en usufruit, lequel don auroit lieu, en cas qu'il n'y eût aucuns enfans du mariage, ou qu'ils mourussent avant que d'avoir atteint l'âge de majorité, y ayant eu un fils de ce mariage, qui avoit survécu sa mere, & estoit décedé en minorité, les parens maternels du fils n'étoient pas recevables à demander la moitié des biens de la mere, pour sa legitime, par la raison qu'il ne luy eût pas esté avantageux de son vivant de la demander ; mais bien plûtost d'attendre sa majorité, pour avoir la proprieté du total, qui luy estoit assûrée, pour ce temps aux termes de la donation. Ainsi l'on confirma la Sentence, qui avoit maintenu le pere dans tous les biens, & l'on jugea par consequent que le fils n'avoit pas eu un droit formé pour demander sa legitime sans charge ni condition, & le surplus sous la charge apposée dans la donation; mais qu'il n'avoit eu que le choix de se contenter de sa legitime en pleine proprieté, sans avoir rien au surplus des biens; ou d'executer la condition de la donation, & de n'avoir rien du tout, en cas de decés en minorité : L'on jugea que ce dernier parti luy ayant esté le plus avantageux ; parce que s'il eût vêcu, il eût rapporté tous les biens, & la donation n'eût point eu lieu, il étoit reputé l'avoir choisi, & qu'étant mort en minorité, tous les biens appartenoient au pere, en vertu de la donation. Et cet Arrest présuppose necessairement que le fils n'avoit pas eu la moitié des biens de sa mere franchement & quittement, & l'esperance d'avoir l'autre moitié, sous la condition du contrat : car autrement cette moitié qu'il auroit euë franchement & quittement, auroit esté ajugée à ses heritiers.

5. Arrest pour l'imputation.

6. Autres Arrests pour l'imputation.

Nous avons encore un autre Arrest qui a jugé la chose contre des creanciers: c'est l'Arrest du 24. Juillet 1584. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 3. chap. 12. & rapporté par Monsieur le Prestre, cent. 1. chap. 89. qui a décidé, qu'un mari ayant legué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, les creanciers du fils n'étoient pas en droit de demander sa legitime en pleine proprieté, dont il étoit suffisamment recompensé par la nuë proprieté qui luy étoit laissée.

Enfin, l'on peut appliquer à cette espece ce qui a esté jugé par un Arrest du Parlement de Toulouse, rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 1. chap. 10. qu'une femme ayant institué son mari son heritier, avec charge de rendre, lors de son decés, à une ou plusieurs de ses filles, & le pere ayant satisfait au fideicommis, & gratifié l'une de ses filles par son testament, de son choix & option, cette gratification pouvoit être imputée sur la legitime de cette fille, dans les biens du pere, & que suivant la disposition du testament la fille estoit obligée de se tenir aux biens maternels, si elle n'aimoit mieux prendre sa legitime dans l'une & l'autre succession, & renoncer au fideicommis. Ce qui fût jugé contre la disposition précise du Droit, en la Loy *Unum ex familia §. 1. de legat. 2.* & en la Loy *Scimus §. repletionem C. de inoff. testam.* Mais par cette raison d'équité, que le pere avoit ainsi disposé par une espece de parrage, & dans le dessein de recompenser sa fille en biens maternels, de ce qu'il luy devoit pour sa legitime, sur ses propres biens, & que tout cela estoit fait *bonâ mente.*

Moyens contre l'imputation.

Moyens contre l'imputation.

Ceux qui soûtiennent l'opinion contraire, se prévalent de la disposition du Droit en la Loy *Scimus 36. C. de inoff. testam.* qui est suivie dans tous les Parlemens de Droit écrit, & disent, que comme c'est une maxime que la legitime ne peut être grevée, on doit présumer, que quand le testateur a disposé en faveur d'un autre, il a présupposé que conformément au Droit commun, le legitimaire prendroit sa legitime sur ses biens en pleine proprieté : qu'ainsi il faut la luy donner, *ex presumpta voluntate testatoris*, suivant Menochius *pres. 38. lib. 6. n. 3.* & le surplus en vertu du legs ; Qu'en tout cas, suivant la disposition précise de la Loy *Quoniam in prioribus*, & de la Loy *Scimus C. de inoff. testam.* on doit rejetter la charge & executer le surplus de la disposition. Ils prétendent même que c'est l'usage du Parlement de Paris, & alleguent pour cela l'Arrest vulgairement appellé de Clermont-Tonnetre, du 7. Mars 1548. rapporté par Papon, liv. 20. tit. 3. Arr. 3. Chassanée est de cet avis sur la Coutume de Bourgogne, tit. 7. §. 2. nomb. 29.

7. Que l'opinion qui rejette toute imputation est fondée sur la volonté présumée du testateur.

Resolution pour l'imputation.

Resolution pour l'imputation.

Il semble pour se déterminer sur cette question, que laissant à part l'autorité du Droit, il seroit assez juste d'obliger un fils, à qui son pere a legué en simple usufruit, ou en pure proprieté, de quoy le recompenser de la pleine proprieté qui luy étoit duë pour sa legitime, de se contenter de sa pleine legitime, en renonçant au legs ; ou de ce qui luy a esté legué, en acceptant la disposition : mais il faut pour cela que quelqu'un soit en état de recüeillir l'excedant de nuë proprieté ou de simple usufruit, qu'on luy feroit abandonner, lorsqu'il ne se contente pas de ce qui luy a esté legué. C'est pourquoy s'il y a un heritier pour recüeillir cet excedant, qui retourne dans la succession, à la bonne heure, l'on peut déferer l'option au legitimaire, sans luy donner d'un côté, contre la teneur de la disposition, sa pleine legitime, & d'autre côté l'excedant de son usufruit, ou de sa nuë proprieté, suivant la disposition, ce qui semble s'impliquer. Car de dire que la charge tombe d'elle-même, & doit être rejettée aux termes de la Loy *Scimus*, ce n'est pas un argument qui ait lieu en tous cas: puisque souvent le pere ne laisse pas la proprieté, par exemple, à la charge de l'usufruit ; mais il legue à l'un l'usufruit, & à l'autre la proprieté : ce qui semble different.

8. Qu'il faut qu'en cas que le legataire se tienne à sa pleine legitime, il y ait quelqu'un qui puisse profiter de l'excedant de l'usufruit.

Nous avons un exemple approchant de cette décision dans les substitutions, & principalement dans celles qui sont faites en ligne directe: car étant constant qu'elles peuvent être retranchées pour le d[illegible] re de la femme & des enfans: ce que l'on a établi, dans nôtre Droit sur l'Authentique *res quæ C. communia de legat. & fideic.* l'on ne donne point neanmoins ce retranchement aux enfans, quand le fideicommis se trouve fait en leur fa-

veur: parce que le pere a pourvû à leurs alimens. Ric. des subst. part. 2. nomb. 112.

9. *Quid* s'il n'y a point d'heritier pour recüeillir cet excedant. Que si au contraire, il n'y a point d'heritier, mais seulement des legataires particuliers, il seroit difficile de dire qui devroit avoir cet excedant : ainsi l'on retombe alors par necessité dans la décision du Droit, qui permet au legitimaire de le conserver.

Et pour persuader plus fortement la verité & la justice de nôtre proposition principale, il faut présupposer que lorsqu'il y a un heritier pour recüeillir cet excedant, le choix & l'option que l'on défere ainsi au legitimaire, ne blesse point sa legitime, non plus qu'un doüaire ne souffre pas d'atteinte par un échange avantageux qu'a fait le mari des heritages qui y sont sujets, & l'heritier peut dire au legitimaire, ou qu'il souffre la compensation, ou qu'il se contente de sa pleine legitime ; comme la veuve doit se tenir à l'échange, ou poursuivre son doüaire sur l'ancien heritage. La disposition même est ordinairement avantageuse, & ne fait que convertir les droits du legitimaire d'une nature à une autre, en le recompensant largement. Or il est bien défendu de diminuer la legitime ; mais non pas de la convertir en faisant la condition du legitimaire un peu meilleure : & c'est une disposition qui est soûtenuë par la plûpart des Docteurs, que la legitime peut souffrir une condition, qui est apposée en faveur du legitimaire : ainsi, disent-ils, la mere peut, en instituant son fils, ordonner que le pere n'aura pas son usufruit sur ses biens : ou elle peut l'instituer, à condition que le pere sera tenu de l'émanciper, & cela principalement quand le pere est mauvais ménager : ainsi le pere peut, en instituant son fils pour sa legitime, stipuler, qu'il ne la pourra aliener avant vingt-cinq ans, s'il est enclin à la prodigalité : & en ce cas là même, il le peut desheriter, en instituant quelqu'un avec charge de luy restituer ses biens à un certain âge. *L. non multi ff. de lib. & posth.* Aussi ceux qui s'attachent le plus à rejetter la charge de la legitime, sont obligez de convenir, que quand la charge n'est pas importante, comme lorsqu'elle ne consiste qu'en un délay de payer, si la disposition excede d'ailleurs la valeur de la legitime, le legitimaire doit accomplir la charge, ou renoncer à la disposition : par où ils reconnoissent en quelque façon la justice de nôtre opinion.

10. Qu'il est bien défendu de diminuer ; mais non pas de convertir la legitime.

11. Que l'opinion de l'imputation est contraire au Droit Romain. Il faut convenir neanmoins, que cette décision est précisément opposée au §. 1. de la Loy *Scimus C. de inoff. testam.* mais quoique nous ayons suivi les décisions du Droit en beaucoup d'endroits de cette matiere, nous n'y sommes pas tellement attachez, qu'il ne nous soit permis de nous en éloigner, lorsque la justice & l'équité le persuadent, & principalement lorsque nous nous appuyons sur d'autres dispositions du Droit : & c'est le motif de l'Arrest du 12. Mars 1680. qui vient d'être cité. A quoy il faut ajoûter que dans le Droit, ce privilege, de ne point imputer l'excedant des fruits sur la legitime, n'étant accordé qu'aux enfans du premier degré, & non aux petits-fils, suivant la Loy *Jubemus C. ad Trebell.* ce n'étoit pas un Droit uniforme pour la ligne descendante.

12. Clause pour obliger à l'imputation. Au reste, le testateur peut éviter cette discussion par une précaution qui est approuvée de la plûpart des Docteurs : c'est en instituant son fils son heritier, sous condition de restituer à quelqu'un les biens de sa succession, & même sa legitime ; à faute de quoy il l'instituë ou le fait legataire, pour sa legitime seulement.

Ce qui vient d'estre dit, qu'un pere peut recompenser son fils de sa legitime, par un excedant de nuë proprieté, ou de simple usufruit : pourvû qu'il y ait un heritier capable de recüeillir l'excedant du simple usufruit, ou de la nuë proprieté, en cas que le fils se contente de sa legitime en pleine proprieté, n'est point contraire à la maxime établie, que la legitime ne peut être grevée, puisque l'on donne au fils le choix de son legs, ou de sa pleine legitime. Mais il y a d'autres cas où l'on donne quelque atteinte à la legitime, comme dans les substitutions pupillaires en païs de Droit écrit, & dans le cas de la Loy penultiéme, *ff. de curat. fur.* & lorsqu'un ayeul substituë ses petits enfans à son prodigue, laquelle Loy est observée parmi nous, comme il paroist par les Arrests rapportez dans le Journal du Fresne, liv. 2. chapitre 120. & liv. 5. chapitre 15. & ces deux especes de substitutions servent à confirmer la proposition qui vient d'estre établie, que quand il arrive à un pere de toucher à la legitime de son fils, on ne la rétablit pas incontinent ; mais on examine le motif du pere, qui a disposé *addita causa judicii sui*, comme dit la Loy *Si furioso §. potuit ff. de curat. fur.* & l'on considere outre cela le propre interest du fils : ce qui se fait en bien plus forts termes dans ces deux especes de substitutions, où le fils n'a pas la faculté de demander sa legitime ; au lieu qu'on luy laisse le choix dans la question précedente, de se tenir à la disposition ; ou d'avoir sa legitime en pleine proprieté. 13. Cas où l'on donne atteinte à la legitime. *Voyez les additions.*

L'on a aussi demandé si le pere pouvoit faire une substitution reciproque entre ses enfans, dans laquelle leur legitime même fût comprise ? Et il faut resoudre, sur le fondement de ce qui vient d'estre dit, que chacun des enfans peut demander sa legitime sans charge, & rejetter la substitution, en renonçant à l'institution : Mais autrement, & s'ils acceptent précisément la disposition, selon sa forme & teneur, ils ne se peuvent dispenser d'accomplir la substitution. En effet, il passe pour constant, que la Loy *Si pater puella 12. C. de inof. test.* qui dit, au sujet d'une substitution reciproque, faite par un pere entre sa femme & ses enfans, *calumniosam inofficiosi actionem adversus justum judicium testatoris instituere non debetis : cum ex hujusmodi fideicommissaria restitutione, tam matris, quam fratris ejus portio, ad eam poterat pervenire*, laquelle est de l'Empereur Alexandre, a esté revoquée par les Loix posterieures de Justinien, qui veulent, que la legitime soit laissée sans charges : & quoiqu'Azon *in summa de inoff. testam.* ait esté d'avis qu'une charge de cette nature, devoit estre accomplie par la raison de cette Loy *Si pater* ; neanmoins l'opinion contraire a prévalu, & la glose sur cette même Loy en convient. La raison qui doit empêcher que cette Loy ne soit observée dans nôtre usage, est que le profit d'une telle substitution estant incertain, la clause ne doit passer que pour une charge, & que d'ailleurs, on tient communément, que quand il est douteux, si une clause est onereuse ; ou si elle ne l'est pas, on la doit rejetter de la legitime. Michel Grassus *§. legitima qu. 39.* sur la fin ; mais il faut que l'enfant, qui ne veut point accomplir la substitution, se réduise à sa legitime, qui luy sera donnée sans charge de restitution : pourvû que, comme il a esté dit cy-dessus, il y ait un heritier qui puisse recueillir l'excedant du legs, que le legitimaire sera obligé d'abandonner. Car autrement on suit par necessité la disposition de la Loy *Scimus §. sancimus C. de inoff. testam.* & on laisse au legitimaire ce que personne ne peut recüeillir en sa place : & il est vray de dire, en ce cas, que la charge de la legitime se rejette ; ou plûtost qu'elle tombe d'el- 14. Si un pere peut substituer reciproquement ses enfans, même pour leur legitime. 15. Resolution pour la negative.

le-même. Mais si le testateur a fait de cette maniere une substitution sommaire ou reciproque : car c'est le terme usité dans les Loix, *j'institue mes deux fils mes heritiers, & les substitue l'un à l'autre*; ou s'il a dit, *& si l'un des deux meurt sans enfans, je luy substitue l'autre*, (quoiqu'à proprement parler cette substitution soit plûtost compendieuse que reciproque,) les instituez se peuvent obliger reciproquement d'accepter la substitution, ou d'y renoncer : parce que chacun d'eux estant fait heritier universel, pour profiter de la renonciation de celuy qui aimera mieux avoir sa legitime sans charges. Il n'en est pas de même quand la substitution reciproque est faite pour des legs particuliers, & qu'il n'y a point d'heritiers. Car il seroit inutile d'obliger l'un des legataires de renoncer à ce qui luy a esté laissé audessus de sa legitime, lorsqu'il la demande sans aucune charge : puisqu'il n'y a personne en état de recüeillir cet excedant.

16. Qu'en ce cas les instituez se peuvent obliger l'un l'autre d'accepter la substitution, ou de renoncer à la disposition.

17. Quand la joüissance de l'institué est une fin de non-recevoir contre ses heritiers, qui demandent sa legitime en pleine proprieté.

Il faut observer neanmoins que cette question de sçavoir, si un pere a pû gréver la legitime de ses enfans, par une substitution reciproque, ne se presente ordinairement que lors de l'ouverture de la substitution, & aprés que le premier décedé a joüi un long-temps de ce qui luy a esté laissé par le testament : ce qui donne lieu de demander derechef si l'acceptation que le fils qui est chargé de restituer, a faite de la disposition, n'est pas une fin de non-recevoir contre ses heritiers, qui demandent la legitime sans charge, & si, supposé qu'ils y soient recevables, l'on n'imputera pas sur la legitime les fruits dont le défunt a joüi audelà de ce qui luy pouvoit appartenir de droit pour sa legitime, & il faut dire à l'égard de la premiere difficulté, que sans une acceptation speciale de la charge, il n'y a point de fin de non-recevoir, & c'est le sentiment de Barry, liv. 16. titre 8. nomb. 6. & la raison de cela est qu'un fils qui est appellé à la succession de son pere par son testament, peut accepter la disposition, dans cette confiance que sa legitime luy estant donnée par la Loy, & ne dépendant point de la volonté du pere, elle luy sera toûjours conservée, ensorte que c'est à ceux qui ont interest à la disposition à le faire expliquer, & à l'obliger d'accepter précisément la charge de la restitution; ou de renoncer à la disposition, en se contentant de sa legitime. Et la seconde difficulté, dépendant encore du même principe, est aussi décidée à l'avantage du legitimaire en la Loy *Jubemus C. ad Senat. Trebell. vers. idemque*, où il faut prendre garde que la legitime est comprise sous le mot de *falcidie*, comme dans l'Authentique *Unde etsi parens C. de inoffic. testam.* Mais Godefroy dit sur cette Loy, que cette disposition, qui est contre l'ancien Droit, est un privilege que l'on n'a accordé qu'aux enfans. Quoy qu'il en soit, elle est suivie dans nostre usage : comme il se voit dans les deux Arrests rapportez par Monsieur Bouguier, sous la lettre S. nomb. 9.

18. De l'imputation des fruits sur la legitime.

19. Si un pere peut stipuler que ce qu'il donne à sa fille & qui luy tient lieu de legitime, n'entrera pas en la communauté de sa fille.

La clause par laquelle un pere stipule que les choses par luy données ou leguées à sa fille luy seront propres, & n'entreront point en communauté, ne gréve point la legitime de la fille : quoique la donation luy tienne lieu de legitime, & qu'elle ne contienne que des meubles : parce que cette clause est avantageuse à la fille, & ne blesse que la communauté. De même qu'il est dit dans l'Authentique *Excipitur C. de bonis quæ liberis*, que la mere ou l'ayeul peut donner à la charge que le pere n'aura point l'usufruit des choses données. *Excipitur quod eis datur vel relinquitur, ab aliquo parentum, conditione hac adjecta, ne ad patrem perveniat usufructus.* Et le mari ni ses heritiers ne s'en peuvent plaindre, ni prétendre que cette clause soit en fraude de la communauté, comme j'ay fait juger pour la veuve Boulard d'Orleans, par Arrest du 6. Septembre 1678.

Il faut pourtant observer, à l'égard de l'exemple qui vient d'estre cité, de l'usufruit prohibé contre le pere, que c'est une question qui partage les Docteurs, de sçavoir si cette clause peut estre apposée sur la legitime du fils : car si Accurse sur l'Authentique *ut liceat matri & aviæ*, est pour l'affirmative, Bartole, Paul de Castres, & plusieurs autres, sur cette Authentique *Excipitur, C. de bon. quæ lib.* sont d'avis contraire. Ceux qui tiennent que la clause peut avoir lieu pour la legitime, se fondent sur l'Authentique *Excipitur*, les autres s'appuyent sur les termes de l'Authentique *ut liceat matri & aviæ*, qui ne permet à l'ayeul de défendre au pere son usufruit, qu'aprés avoir laissé au fils sa legitime. *Postquam reliquerint filiis partem quæ lege debetur.* A quoy ils ajoûtent les raisons generales, que par le dernier Droit la legitime doit estre laissée sans charge, & que personne ne peut empêcher que les Loix n'ayent lieu dans son testament, *L. nemo potest de legat.* 1. Mais quoique Vasquius livre 1. §. 10. nomb. 234. explique subtilement l'Authentique *ut liceat matri & aviæ*, il est difficile de ne pas convenir qu'elle établit précisément l'opinion de Bartole : car cette Authentique ne dit pas, comme l'insinuë cet Auteur, qu'il n'est permis de donner aux étrangers, que ce qui est audelà de la legitime du fils; & qu'au contraire une mere, ou une ayeule peut défendre que le pere de son fils, ou de son petit-fils, ait aucun usufruit sur ce qu'elle luy laisse, non pas même sur sa legitime. Mais elle dit précisément qu'aprés que la mere, ou l'ayeule a laissé sa legitime, elle peut disposer du reste à son gré; ou le laisser à son fils, à la charge que le pere n'y aura aucun usufruit. Ainsi les autoritez ne sont pas pour Accurse, dont Vasquius soûtient le parti. Mais j'estime que ses raisons nous doivent suffire, & que puisque la cause est avantageuse au fils, & que, comme dit Vasquius §. 235. pour oster l'usufruit au pere, il n'est point necessaire de l'obliger d'émanciper son fils, suivant l'Authentique *Excipitur*, une mere dans les Provinces de Droit écrit, pourroit laisser tous ses biens à son fils, à la charge que le pere n'y auroit aucun droit d'usufruit : ou dans le païs coutumier, à la charge que le pere n'y auroit aucun droit de Garde-noble : ou que les meubles n'entreroient point dans la communauté du fils : parce que l'on impose telle condition que l'on veut à sa donation, *L. si legato 65. ff. de jure dotium, L. quoties 3. C. de donat. quæ sub modo.* Chopin, sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 1. nomb. 12. d'Argentré, sur l'art. 418. de la Coutume de Bretagne, gl. 1. & cela pourvû que la condition ne concerne que la chose donnée. Car une mere ne pourroit pas apposer cette condition à sa donation, que le pere n'auroit du tout aucune Garde-noble; mais bien que les choses qu'elle donne ne seront point sujettes à la Garde-noble du pere, ou n'entreront point en la communauté du fils.

20. Que les Docteurs ne s'accordent pas sur la question si la mere peut stipuler que le pere n'aura pas l'usufruit, même sur la legitime qu'elle laisse à son fils.

21. Que si l'on s'attache à l'Authentique *ut liceat*, la legitime du fils ne peut estre laissée avec prohibition au pere d'y percevoir aucun usufruit.

22. Que les raisons plûtost que les autoritez sont pour permettre à la mere de stipuler cette clause, même sur la legitime du fils.

SECTION V.

Quels biens l'on considere pour trouver la quotité d'une legitime.

SOMMAIRE.

1. *L'on fait masse de toutes les donations & de tous les biens délaissez au temps du decés du donateur.*
2. *Si l'augmentation qui arrive dans les biens depuis la succession échûë, entre dans cette masse.*
3. *Distinction vulgaire entre l'accroissement interne & externe.*
4. *Autre distinction entre les biens exsans & ceux dont le défunt avoit disposé entre-vifs.*
5. *Refutation de la premiere distinction à l'égard des biens extans.*
6. *Qu'il faut encore distinguer au sujet de l'augmentation sur les biens non extans, si les biens extans suffisent, ou non, pour la perception de la legitime.*
7. *Si les donations par le contrat de mariage des pere & mere, entrent dans la masse de la legitime des enfans.*
8. *Si les biens sur lesquels le legitimaire ne peut rien avoir, peuvent entrer dans la masse.*
9. *Si les biens confisquez entrent dans la masse, lorsque des enfans non pourvûs, poursuivent leur legitime contre des enfans dotez.*
10. *Raison de douter, tirée de ce que la confiscation semble un titre lucratif.*
11. *Resolution pour la negative.*
12. *Que dans la supputation de la legitime, on n'a égard qu'aux titres qui sont d'une liberalité propensée. Exemples.*
13. Quid *des dots de Religion.*
14. Quid *des fiefs en cas que les puisnez ou les filles en soient exclus.*
15. *L'on fait entrer dans la masse de la legitime une succession, à laquelle le défunt a renoncé, pour avantager quelqu'un indirectement.*

1. L'on fait masse de toutes les donations & de tous les biens délaissez au temps du decés du donateur.

POur examiner à present de quels biens il faut faire masse, pour trouver la quotité d'une legitime. C'est une chose uniforme dans l'un & l'autre droit, que tous les biens que le pere a laissez, quoiqu'il en ait disposé par testament: de même, les biens qu'il a donnez entre-vifs, soit aux enfans qu'il a pourvûs, soit aux étrangers, doivent estre comptez, pour trouver la quotité de la legitime, selon Monsieur Cujas, sur la Novelle 92. & en ses Observat. livre 5. chapitre 14. Ce que l'on peut induire de la Loy 1. *C. de inoff. donat.* qui suppose qu'une mere ayant épuisé la plus grande partie de ses biens en des donations entre-vifs, soit au profit de quelques-uns de ses enfans, soit en faveur de quelque étranger, avoit ensuite institué quelques autres de ses enfans pour deux onces seulement, lesquels même elle avoit chargé de fideicommis, & décide que ces enfans n'ayant pas leur quarte, ils en doivent avoir le supplément sur ces donations inofficieuses: & comme on ne peut pas se dispenser de faire entrer dans la supputation de la legitime, ce qui en souffre le retranchement, il faut dire que les biens que cette mere avoit donnez entre-vifs à des étrangers, ou à d'autres enfans, ensemble ceux qu'elle avoit laissez, devoient entrer dans la masse des biens, sur lesquels on devoit regler la quotité de la legitime: puisque le retranchement se prenoit sur ces mêmes biens, & que les donations en estoient considerées pour inofficieuses.

2. Si l'augmentation qui arrive, dans les biens depuis la succession échuë, entre dans cette masse.

On peut demander, si ce qui augmente la succession, depuis qu'elle est échûë, ne doit pas estre compté entre les biens pour parvenir à cette supputation de la legitime. Et l'on dit communément que si cette augmentation est extrinseque, comme s'il arrive quelque chose par droit d'accroissement, ou si une riviere changeant son cours ordinaire, laisse une isle qui appartienne aux heritiers, comme ayant déja des heritages le long de la rive; si l'alluvion fait une augmentation imperceptible sur des heritages de la succession, ce qui est l'espece de la Loy 1. *C. de alluvion.* ou si l'impetuosité d'un fleuve transporte quelque portion d'un heritage voisin dans celuy qui est de

3. Distinction vulgaire entre l'accroissement interne & l'externe.

la succession, ce qui est le cas de la Loy 7. au §. 2. *ff. de acquir. rerum dominio*, en tous ces cas, l'augmentation n'entre point dans la masse des biens, sur laquelle on fixe la quotité de la legitime, & la raison est, que la legetime se regle sur l'état des biens de la succession lors du decés arrivé; la Loy *Cum quaeritur 6. C. de inoff. testam.* disant, *si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur*, & par consequent l'augmentation qui survient & qui procede d'une cause externe, ne doit point estre icy comptée: & c'est le sentiment de Paul de Castres, sur la Loy *in ratione 30. ff. ad l. falcidiam.*

Il n'en est pas de même quand l'augmentation vient d'une cause interne, comme lorsque le prix de l'heritage augmente. Car cette augmentation qui a sa source dans l'heritage même, doit entrer necessairement dans la masse des biens, sur laquelle on fixe la legitime, parce que le fils legitimaire a droit sur ce même heritage en nature, & que sa legitime luy doit estre donnée en corps hereditaires: & cette distinction est appuyée par Faschineus en ses Controv. liv. 4. ch. 26.

4. Autre distinction entre les biens extãs & ceux dont le défunt avoit disposé entre-vifs.

L'on peut dire neanmoins, qu'il y a une autre distinction à faire sur cette question: car il faut distinguer les biens qui sont encore extans, lors du decés, c'est-à-dire, qui sont dans la succession, compris, ou non compris dans le testament, d'avec ceux dont le défunt avoit disposé entre-vifs. A l'égard des premiers, il semble que l'augmentation qui leur arrive, extrinseque ou intrinseque, & doit profiter au legitimaire, entrer dans la masse des biens, sur laquelle on fixe la legitime: parce que si le legitimaire eût eu sa legitime au temps qu'elle luy estoit dûë: c'est-à-dire, lors de la mort, il auroit eu sa part des biens qui ont reçû cette augmentation, & par consequent auroit profité de l'augmentation. Et pour ce qui est des derniers, c'est-à-dire, des biens donnez entre-vifs, pour sçavoir si l'augmentation qui leur arrive, entre dans la masse des biens sur laquelle on regle la legititime, il faut examiner si les biens extans lors de la mort, estoient suffisans ou non, pour fournir la legitime: car s'ils étoient insuffisans, & qu'il eût esté necessaire de retrancher quelque chose

5. Refutation de la premiere distinctiõ à l'égard des biens extãs.

6. Qu'il faut encore distinguer au sujet de l'augmentation sur les biens nõ extans, si les biens extans suf-

sisent, ou non, pour la perception de la legitime.

chose des donations entre-vifs, en ce cas, il est juste de dire, que l'augmentation que les biens donnez entre-vifs ont pû recevoir avant le partage du legitimaire, luy profite & grossit la masse des biens : parce qu'il a droit sur ces biens-là mêmes. Mais si les biens extans lors de la mort, & qui se trouvent actuellement dans la succession, suffisent pour remplir la legitime, en ce cas l'augmentation qui arrive aux biens donnez entre-vifs depuis la mort, jusqu'à la demande de legitime, ne profite point au legitimaire pour grossir sa legitime, soit que cette augmentation soit intrinseque, soit qu'elle soit extrinseque : parce que le défunt n'a jamais rien eu dans cette augmentation, & le legitimaire n'y pouvant non plus rien prétendre, à cause que les biens sont suffisans, elle luy est absolument indifferente, & ne doit point augmenter sa legitime, & ces biens n'entrent dans la masse que sur le pied de ce qu'ils pouvoient valoir lors de l'échéance de la succession, qui est le temps auquel la legitime a commencé d'estre dûë, & de pouvoir estre demandée, suivant la Loy *Cum queritur C. de inoff. test.* & sur lequel l'on juge si la legitime est remplie, ou non, comme il est décidé en quelques-unes de nos Coutumes, & entr'autres en celle de Senlis, art. 161. & de Clermont, art. 129.

7. Si les donations par le contrat de mariage des pere & mere, entrent dans la masse de la legitime des enfans.

En second lieu, on peut demander si les donations faites par le mari à sa femme dans leur contrat de mariage, doivent entrer dans cette masse des biens, sur laquelle on regle la legitime des enfans nez du même mariage. Et il est certain que ce qui ne passe point les termes des conventions de mariage, ne doit point estre compté, & ne fait qu'un contrat onereux ; mais il n'en est pas de même des donations, & des autres conventions qui dégenerent en liberalité : car puisque l'on compte bien les donations faites avant le mariage, comme si la dette de la legitime estoit une obligation que l'on contractât dés sa naissance, parce qu'elle a son fondement dans la nature, à plus forte raison l'on doit avoir égard à celles qui sont faites lors d'un mariage, duquel on a eu sujet d'esperer des enfans, ausquels on a dû pourvoir. Aussi ces donations non seulement entrent dans cette masse dont nous parlons, mais souffrent quelquefois le retranchement de la legitime, comme il sera expliqué dans la suite.

8. Si les biens sur lesquels le legitimaire ne peut rien avoir, peuvent entrer dans la masse.

En troisiéme lieu, l'on demande si les biens sur lesquels le legitimaire ne peut jamais avoir en aucun cas sa legitime, peuvent entrer dans la masse des biens sur lesquels on fixe la legitime. Je dis en aucun cas : car il est constant que souvent des biens qui ne souffrent pas en un cas particulier le retranchement de la legitime, servent neanmoins à sa supputation ; par exemple, les donations entre-vifs, lorsqu'il y a dans les legs & les biens délaissez par le défunt, dequoy remplir la legitime : car en ce cas elles ne souffrent pas le retranchement, & ne laissent pas de servir à la supputation ; mais la question se peut agiter, 1. dans l'espece du pere, qui ayant 60000. livres, a marié deux enfans, à chacun desquels il a donné 15000. livres, ensuite a commis quelque crime, pour lequel le reste de ses biens qui montoit à 30000. livres, a esté confisqué, & l'on demande si un troisiéme enfant, qui n'a point esté pourvû, poursuivant sa legitime contre les deux autres qui l'ont esté, la doit avoir sur le pié de ce que le pere avoit de biens lors de sa mort civile, y comprises les donations qu'il avoit faites à ces deux premiers enfans, ou seulement eu égard à ces donations : En un mot, s'il aura cinq ou dix mille livres pour sa legitime : car c'est ici une espece, où le fisc venant à la succession, comme un heritier irregulier, l'enfant y vient concurremment avec luy ; mais sous benefice d'inventaire, & à l'effet de sa legitime seulement.

9. Si les biens confisquez entrent dans cette masse, lorsque des enfans non pourvûs poursuivent leur legitime contre des enfans dotez.

La raison de douter est, que tous les titres lucratifs entrent dans la supputation de la legitime, quoique souvent ils n'en souffrent pas le retranchement. Or la confiscation est un titre lucratif pour le fisc. Grassus §. *legitima qu. 44. num. 6.* Aussi dans le Droit les enfans avoient leur legitime sur les biens confisquez, *L. cum ratio ff. de bon. damnat.* ce qui s'est observé en quelque rencontre parmi nous, & dans l'espece qu'une femme ayant fait tuer son mari, l'on jugea que comme elle avoit ôté à ses enfans la subsistance qu'ils tiroient du travail & de l'industrie de leur pere, il estoit aussi juste de les en recompenser, en leur donnant une legitime sur ses biens, quoique confisquez : ce qui fut ainsi ordonné par Arrest du 4. Mars 1617. rapporté par Monsieur le Bret en ses Décisions, part. 2. liv. 3. décis. 5.

10. Raison de douter, tirée de ce que la confiscation semble un titre lucratif.

Il faut dire, nonobstant cela, que dans la supputation de la legitime, il ne faut avoir aucun égard, ni aux biens confisquez, ni aux commises encouruës par le défunt : parce que tout cela doit estre consideré comme une dissipation d'un homme, qui négligeant de poursuivre ses debiteurs, leur auroit laissé acquerir prescription, ou qui auroit souffert que l'on eût usurpé ses domaines, ou qui auroit laissé déperir ses biens faute de les reparer, ce qui n'entre point en consideration dans la supputation de la legitime de ses enfans, dans laquelle on n'a égard qu'aux titres qui sont, s'il faut ainsi dire, d'une liberalité propensée, & qui sont de veritables donations. C'est pourquoy, comme bien souvent on relâche des interests à ses debiteurs, pour les mettre d'autant plus en état de payer le principal, je n'estimerois pas que quelque importante que fût cette remise, elle dût entrer dans la masse des biens, sur laquelle on regle une legitime. Aussi la Loy 23. *ff. de donat.* declare qu'une telle remise n'est point sujette à l'insinuation, ni à la reduction, pour estre audessus de cinq cens écus d'or, & pour n'avoir point esté insinuée, & qu'elle se peut faire même par un simple pacte : de même si le pere estant institué heritier par quelqu'un, avoit remis sa trebellianique, ou sa falcidie aux fideicommissaires & aux legataires, cette remise, à quelque somme qu'elle pût monter, ne passeroit pas pour une donation, *quia plenam fidem fuisset executus*, suivant le langage de la Loy *Si patronus 20. §. 1.* & de la Loy *Patrem 19. ff. quæ in fraudem*, & de la Loy *Si sponsus 5. §. si quis rogatus 15. ff. de donat. inter.* ainsi elle n'entreroit point non plus dans cette masse, dont nous parlons. Et pour revenir à la question proposée, il n'est pas vray indistinctement que la confiscation soit un titre lucratif pour le fisc : car c'est un fruit de la Justice, qui est un titre onereux : au moins la confiscation ni la commise n'est point gratuite, puisqu'elle ne l'est point dans l'esprit & dans l'intention de celuy qui encourt la confiscation ou la commise.

11. Resolution pour la negative.

12. Que dans la supputation de la legitime, on n'a égard qu'aux titres qui sont d'une liberalité propensée. Exemples.

Le second exemple qui se peut proposer, est à l'égard des dots de Religion. Car comme ils ne peuvent souffrir en aucun cas le retranchement de la legitime, parce que ce sont plutost des contrats onereux passez avec les Monasteres, que des liberalitez aux enfans qui ont fait Profession, ils n'entreront point non plus dans la masse des biens sur laquelle on doit fixer la legitime ; quoique nous ayons quelques Coutumes où la

13. Quid des dots de Religion.

dot de Religion se considere comme celle du mariage : ensorte que l'aîné succede à la part de sa sœur dotée ou appanée, telle est la Coutume d'Anjou, art. 248.

14. Quid des fiefs, en cas que les puisnez ou les filles en soient exclus. Le troisiéme exemple est à l'égard de la legitime des puisnez, ou des filles dans les Coutumes qui les excluent des fiefs : car pour estimer cette legitime, on n'a aucun égard aux fiefs, mais seulement aux meubles & aux immeubles tenus en censive, Char. resp. livre 5. chapitre 38. Ce qui est si vray, que dans nos Coutumes, où les aînez ne donnent pas l'exclusion aux puisnez ni aux filles, mais où ils ont seulement leur préciput, ou principal manoir, pour trouver la legitime d'un puisné ; ou l'on ne compte point ce qui compose le préciput de l'aîné, ou l'on en fait distraction, aprés l'avoir compté : parce qu'il n'est pas juste que les biens où le puisné ne peut jamais rien prétendre, entrent dans la masse des biens, & servent à augmenter sa legitime : autre chose est, lorsqu'il n'y a qu'un principal manoir dans une succession, qui est le cas de l'art. 17. dont nous avons parlé au chapitre de la Succession des Fiefs, sect. 1. nomb. 25. ce qui peut servir de quatriéme exemple, pour montrer que les biens sur lesquels le legitimaire ne peut jamais rien prétendre, n'entrent point dans la supputation de sa legitime, & dans cette masse sur laquelle elle doit estre fixée.

Enfin, l'on demande si une sœur estant seule & unique heritiere de son frere, qui a laissé plusieurs Fiefs, sans aucunes dettes, renonce neanmoins à sa succession, pour y faire venir ses enfans, & faire que les mâles d'entr'eux excluent les femelles, cette renonciation ne sera pas reputée un avantage indirect : & si cette succession ne devra pas entrer dans la masse des biens de cette sœur, lorsqu'il s'agira de donner à ses filles leur legitime, à laquelle elle les aura reduites, qui est un cas que nous poserons dans le chapitre des Rapports. Et il faut dire, que la renonciation estant reputée faite dans cette espece pour avantager indirectement les fils, non seulement donne lieu au rapport, comme nous avons expliqué en cet endroit ; mais que les filles, qui depuis ont esté reduites à leur legitime, auront droit de prétendre que les biens de la succession de leur oncle devront entrer dans la masse des biens de leur mere, sur laquelle on reglera leur legitime : & cela, à l'exception des droits d'aînesse. 15. L'on fait entrer dans la masse & la legitime une succession à laquelle le defunt a renoncé pour avantager quelqu'un indirectement.

SECTION VI.

Qui sont ceux qui font part dans la supputation de la Legitime.

SOMMAIRE.

1. *Si ceux qui ne prennent point de part, font part dans la legitime.*
2. *Partage de la matiere.*
3. *Si le renonçant fait part.*
4. *Que celuy qui renonce tout-à-fait gratuitement, ne fait pas part.*
5. Secus *de celuy qui renonce* aliquo dato.
6. Idem *de celuy qui renonce en faveur.*
7. Quid *si le renonçant se tient à une donation entre-vifs, fera-t-il part ?*
8. *Objection & réponse.*
9. *Instance.*
10. *Si les enfans legataires font part dans la legitime coutumiere comme dans la legitime de droit.*
11. *Si l'exheredité fait part.*
12. *Resolution, & raisons pour la negative.*
13. *Opinion de Bartole.*
14. *Si le fils donataire, & depuis desherité, fait part dans la legitime de ses freres.*
15. *Si les enfans à qui on a constitué une dot de Religion, font part dans la legitime. Résolution pour la negative.*
16. *Objection tirée de l'exemple du donataire desherité.*
17. *Réponse & raison de difference.*
18. *Le fils donataire, qui décede sans enfans avant son pere, ne fait point part.*
19. *Si les filles mariées & excluses par la Coutume, font part dans la legitime de leurs freres & sœurs.*
20. *Resolution pour l'affirmative.*
21. *Si les freres font part dans la legitime des ascendans.*
22. *Si l'aîné legataire universel fait part avec préciput, quand il n'y a pour tous biens qu'un seul principal manoir.*
23. Quid *s'il y a d'autres biens.*
24. *Resolution, que l'aîné legataire universel fait part avec préciput.*
25. *Que le préciput ne doit pas même entrer dans la masse des biens. Exemples.*
26. *Réponse aux Objections.*
27. *Préjugé pour la question.*
28. *Si un aîné estant donataire entre-vifs, & renonçant, un second fils estant legataire universel, l'aîné fait part avec préciput dans la legitime des filles.*
29. *Si le pere fait part dans la legitime des freres.*
30. *Raisons pour la negative.*
31. *Que dans le Droit & dans les Coutumes le pere & le frere ne font point part au préjudice l'un de l'autre.*
32. *Quand tous ceux qui concourent à la succession ne concourent pas à la legitime, elle est* quota bonorum, *& non pas* quota legitimæ partis. *Exemples.*
33. *Que l'équité demande que l'on s'écarte des regles dans l'espece proposée aux nombres précedens.*

1. Si ceux qui ne prennent point de part, font part dans la legitime. La premiere question de cette matiere est de sçavoir, si ceux qui ne prennent point de part, font part pour la supputation de la legitime : Mais avant que de proposer les especes de cette question, il est bon d'avertir que c'est l'avantage de ceux qui doivent fournir la legitime, qu'il se trouve quelqu'un qui fasse part, sans prendre part ; & qu'au contraire, c'est l'avantage des legitimaires qu'il n'y ait personne, qui ne prenant point de part, ne fasse point de part, & n'entre point en ligne de compte pour la supputation de la legitime : parce que la legitime n'estant pas dûë parmi nous, en gros à tous les enfans, mais en détail à chaque enfant en parti-

culier, tant plus il y a d'enfans qui font part, tant moins il appartient à chacun des legitimaires. Que si ceux qui font part ne prennent point de part, il est visible que cela tourne necessairement au profit de ceux qui fournissent la legitime: ainsi quand entre les enfans il y en a qui se portent heritiers, d'autres qui se tiennent à la legitime, les heritiers font part sans prendre part dans la legitime, comme il arrive dans le doüaire où les enfans heritiers font part sans y rien prendre.

2. Partage de la matiere. La premiere espece qui se presente sur ce sujet, est à l'égard des renonçans: La seconde, à l'égard des exheredez: La troisiéme, à l'égard des enfans qui ont fait Profession en Religion: & la quatriéme, à l'égard des filles qui sont excluses par leur mariage.

3. Si le renoçant fait part. Il faut distinguer dans la renonciation celle qui est gratuite, d'avec celle qui ne l'est pas: & j'appelle une renonciation gratuite, quand le renonçant n'a reçû aucun prix, ni aucune recompense de sa renonciation de la part de ses coheritiers ou du legataire universel, & qu'il ne renonce pas pour se tenir à ses avantages: Or celuy qui fait une renonciation de cette sorte, ne fait point part dans la supputation de la legitime, par la raison de la Loy *Si post mortem to. §. liberi 4. ff. de bon. possess. contra tab.* qu'il est hors de propos de vouloir que ceux qui n'ont jamais rien eu, & qui n'auront jamais rien, fassent part: *Ut partem faciant nihil habituri.* A quoy l'on peut ajoûter, que la legitime estant une certaine portion de ce qu'on auroit eu *ab intestat, quarta legitima partis*, il n'est pas juste que celuy qui est exclus par son incapacité, ou par sa renonciation pure & simple, & qui ne seroit pas venu à la succession, fasse part dans la legitime, pour diminuer les portions des legitimaires: aussi on ne peut pas dire que sa donation grossisse la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime, puisqu'il n'a rien reçû: C'est ainsi qu'en matiere de substitutions, celuy qui ne recueille pas actuellement le fideicommis, n'est point compté, & ne fait point de degré: parce que les degrez se comptent avec effet, & ne se peuvent trouver remplis que par une restitution actuelle, ce qui s'infere du titre même de la Novelle 159. *ut restitut. fideic. intra unum gradum consistant.*

4. Que celuy qui renonce tout à fait gratuitement, ne fait pas part.

5. Secus de celuy qui renonce *aliquo dato*. Au contraire, celuy qui renonce *aliquo dato*, fait part au profit de celuy qui l'a recompensé, & qui doit fournir la legitime aux autres: & cette distinction est de Maistre Charles du Molin, dans l'un de ses Conseils de Dôle, qui est son Conseil 35. nomb. 9. 10. 11. & 12.

6. Idem de celuy qui renonce en faveur. Ce qu'il faut étendre à celuy qui sans rien recevoir renonce en faveur d'un de ses coheritiers; car il fait acte d'heritier, selon la Loy 29. *ff. de adquir. vel admitt. hered.* Que si un des enfans, qui pouvoient demander leur legitime, renonce en faveur des autres, il fait part, & cette part leur devra estre donnée. Aussi Maistre Charles du Molin estime, que celuy qui renonce ainsi en faveur, fait nombre pour la supputation du droit d'aînesse, sur Paris §. 9. gl. 4. nomb. 7.

7. Quid si le renonçant se tient à une donation entre-vifs, fera-t-il part. Que si la renonciation est faite au moyen d'une donation du pere entre-vifs, c'est une question de sçavoir, si le renonçant fait part: & nous dirons au Chapitre des Renonciations, sect. 2. nomb. 79. qu'il fait part: parce que sa donation se compte dans la supputation de la legitime, & entre dans la masse sur laquelle elle se doit regler. Aprés quoy il seroit d'autant plus injuste que le donataire ne fist pas de part, qu'il est à présumer, qu'il ne se tiendroit pas à sa donation, si elle ne valoit mieux que sa part: & qu'ainsi le legataire universel qui fournit la legitime, perd toûjours quelque chose à cela: puisqu'il tient compte d'une donation qui excede la part que le renonçant auroit droit de retenir. Et il seroit inutile aprés cela de dire, que ce qui est donné entre-vifs, ne diminuë point les droits d'un heritier testamentaire: puisqu'en cette qualité il n'a droit que sur ce qui se trouve lors du decés, & qu'ainsi sous prétexte qu'un renonçant est donataire entre-vifs, il n'y a point lieu de recompenser l'heritier testamentaire, en faisant faire part à ce renonçant. Car il est aisé de répondre, que l'on ne fait pas faire part au donataire entre-vifs, qui se tient à son don, par la raison que cette donation diminuë les droits de l'heritier testamentaire; mais à cause 1. qu'il est enfant, & qu'ainsi il fait part naturellement dans la supputation de la legitime: 2. que l'on compte sa donation, & qu'elle grossit la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime. 8. Objection & réponse.

L'on ne manquera pas d'insister & de dire, que celuy qui renonce ainsi, ne fait point part necessairement en qualité d'enfant, puisque tous les enfans ne font pas toûjours part: comme il paroît en la personne de celuy qui renonce sans jamais avoir rien reçû, & qu'il ne fait point part non plus en qualité de donataire, puisque les donataires étrangers ne font point part dans cette supputation. 9. Instance.

Je réponds que lorsque l'enfant, qui fait part naturellement, c'est à dire, à qui par nature, il est dû sa part dans la succession, ou dans la legitime; qui est une portion de la part hereditaire, renonce en se tenant à une donation, il est vray de dire en ce cas, qu'il a sa portion legitimaire, puisqu'il en a la valeur, & qu'il est donataire en avancement d'hoirie; ce qui ne se peut pas trouver, ni dans la personne de l'enfant qui renonce sans avoir jamais rien reçû, ni en la personne d'un étranger: ainsi il est tres juste, que cet enfant donataire qui renonce *aliquo accepto*, fasse part dans la supputation: & bien loin que les autres enfans ayent droit de se plaindre de ce que cela diminuë leur legitime, qu'au contraire il faut qu'ils considerent que leurs droits diminuent naturellement à proportion de ce qui a esté donné à leur frere, puisqu'il auroit partagé avec eux *ab intestat.*

Enfin, ce qui leve, à mon avis, toute sorte de difficulté, c'est ce que nous expliquerons dans le même Chapitre des Renonciations, sect. 2. que si l'opinion contraire avoit lieu, il pourroit arriver que le legitimaire auroit autant ou plus à titre de legitime, qu'il n'auroit dû avoir *ab intestat*, ce que nous verifierons au même endroit.

On a demandé autrefois si les enfans legataires, qui sont obligez de fournir la legitime, font part dans la legitime coutumiere: qui consiste à reduire la disposition au quint des propres, ou autre quotité, selon les Coutumes, comme ils font part dans la legitime de droit: & il faut conclure pour la negative: car ce n'est pas une veritable legitime, que les legataires soient obligez de fournir; mais ce sont des biens qui sont actuellement dans la succession *ab intestat*, parce qu'ils n'ont pû estre donnez ou leguez. Aussi dans la perception de la legitime de droit, on les considere comme biens extans. Ensorte que dans les Coutumes qui ne permettent pas de donner tout son bien entre-vifs, les donataires entre-vifs souffrent ce retranchement avant que l'on s'adresse aux legataires: parce que l'on commence par épuiser tout ce qui se doit trouver dans la succession *ab intestat*. 10. Si les enfans legataires font part dans la legitime coutumiere, comme dans la legitime de droit.

11. Si l'exheredé fait part. A l'égard des exheredez, il est constant qu'ils ne font point part, selon la Loy *Si post mortem 10. §. 4. ff. de bon. possess. contra tab.* & la Loy 1. §. *Sed etsi patrus ff. de conjung. cum emanc. lib. ejus*, qui dit que l'enfant desherité est censé pour mort: *nam exheredatus pater torum pro mortuo habetur*,

12. Resolution & raisons pour la negative. En effet quoiqu'ils soient enfans, leur exheredation les retranche de la famille, & il n'est pas juste qu'ils nuisent aux legitimaires en faisant part avec eux, puisqu'ils ne partageroient point avec eux, si l'exheredation estoit faite par un simple acte pardevant Notaires, & si au surplus le défunt estoit decedé *ab intestat*. D'ailleurs, ils ne profitent point dans le païs de Droit écrit aux autres enfans pour faire monter la legitime à la moitié en augmentant leur nombre: car l'Empereur Justinien n'a augmenté la legitime jusqu'au tiers & à la moitié, que de crainte que les enfans estant en trop grand nombre, ne fussent dans l'indigence, *Nov. de triente & semisse. Filii verò licet multi consistant, confunduntur & triuncium dividunt solum*. Voilà ce que cet Empereur trouvoit à redire dans l'ancien Droit: or les exheredez ne produisent point cet effet: ainsi il n'est pas juste que ne pouvant profiter, pour augmenter la quotité de la legitime, ils nuisent pour diminuer les portions des legitimaires.

13. Opinion de Bartole. Il est vray que Bartole sur la Loy *Pater filium ff. de inoff. testam. n. 14.* est d'avis contraire, au cas que le pere ait institué un étranger pour son heritier, & laissé quelque chose aux autres enfans freres de l'exheredé, qui ne soit pas suffisant pour leur legitime, sous ce prétexte, que les freres, dit-il, ne doivent pas profiter de la faute de leur frere, & que l'exheredation doit profiter, en ce cas, à l'étranger, en faveur de qui elle semble avoir esté faite, puisqu'il est le seul heritier universel: Mais l'on peut répondre qu'il est naturel que l'exheredation d'un des enfans profite aux autres, qui ont bien merité du pere, & que c'est même la disposition de l'Authentique *de nupt. §. si verò*, & que comme elle leur profiteroit *ab intestat*, il est juste qu'elle leur profite dans la legitime, qui est une portion des droits qu'ils auroient eu dans la succession *ab intestat*: Qu'enfin ce n'est pas par droit d'accroissement qu'ils profitent de l'exheredation, mais par la reduction du nombre, & l'éloignement d'un fils, qui auroit esté compté sans son exheredation; mais Bartole reduit son opinion à cette hypothese particuliere, qu'il y ait un fils exheredé, d'autres instituez *in re certa*, & un étranger institué heritier: & il fait fond principalement sur cette institution des autres enfans, qui n'est faite que pour une chose certaine, & dans la these generale, il n'est pas contraire aux principes qui viennent d'estre établis.

14. Si le fils donataire & depuis desherité, fait part dans la legitime de ses freres. Que dira-t-on, en ce cas, que le fils, depuis desherité, ait esté donataire entre-vifs avant son exheredation, & que le pere n'ait pas revoqué sa donation, auquel cas il n'est pas permis à ses heritiers de la revoquer, suivant la Loy 1. *C. de revoc. donat.* ou en cas que le pere ait même declaré, ne la vouloir pas revoquer? Fera-t-il part en qualité de fils & de donataire, ou ne fera-t-il point part, comme estant exheredé? & j'estime qu'il fera part, parce qu'il a esté avantagé en avancement d'hoirie, & a eu une espece de legitime, & cela à l'exemple de tout autre enfant qui renonce, en se tenant à une donation. Aussi cette donation faite au profit de l'exheredé, augmentera la masse des biens sur laquelle on doit fixer la legitime. C'est ainsi que dans les Coutumes où les filles mariées sont excluses de la succession, elles ne laissent pas de faire part, parce que leur exclusion présuppose ordinairement leur dotation.

Les enfans qui ont fait Profession, ne font point part pour la supputation de la legitime, parce qu'ils sont incapables de succeder, & la constitution de dot qui leur a esté faite, est plutôt un contrat onereux passé avec le Convent, qu'une donation exercée en leur endroit. Bartole, sur la Loy 1. *ff. de conjung. cum emanc. lib. ejus.* Boërius, *decis. 104. num. 6. & 7.* Ricard part. 3. nomb. 1068. Aussi il a esté dit cy-dessus, que cette dot n'augmente point la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime: comme elle ne souffre point aussi le retranchement & la reduction qui se fait pour fournir la legitime aux enfans. Cependant Maistre Charles du Molin a esté d'avis contraire, sur l'art. 248. de la Coutume d'Anjou, & a consideré les dots de Religion, comme des donations aux enfans: Maistre René Chopin a esté aussi de cette opinion, sur la même Coutume, liv. 2. part. 3. n. 21. Mais leur avis est fondé sur une disposition particuliere de cette Coutume, où la part de l'enfant, qui fait profession en Religion, profite à l'aîné seulement: tellement que la Coutume fait en ce cas une espece de renonciation en faveur, qui opere que le renonçant fait part, comme il a esté dit cy-dessus: outre que ces Auteurs ont peut-estre regardé ces dots comme des legitimes anticipées, qui souvent excedent même la valeur des legitimes. Mais dans les Coutumes qui n'ont point de semblable disposition, il est plus expedient de considerer ces dots, comme des contrats onereux faits avec les Monasteres: parce qu'autrement non seulement les Religieux qui sont incapables, feroient nombre, & leurs dots entreroient dans la masse des biens; mais elles pourroient souffrir le retranchement & la reduction pour la legitime des enfans qui restent au monde, ce qui iroit à troubler le repos de la plûpart des Monasteres, & à multiplier les procés. 15. Si les enfans à qui on a constitué une dot de Religion, font part dans la legitime. Resolution pour la negative.

16. Objection tirée de l'exemple du donataire desherité. L'on insistera peut-estre, en disant, que si l'enfant qui a esté desherité, mais qui conserve une donation qui luy a esté faite avant son exheredation, fait part pour la supputation de la legitime, comme il a esté expliqué cy-dessus, la fille Religieuse, à qui le pere a constitué une dot, doit aussi faire part, puisqu'il semble qu'il y a une égale incapacité de part & d'autre; mais la raison de difference est, que l'on a contracté avec l'exheredé, quand on luy a donné avant son exheredation; au lieu que l'on a contracté avec le Convent, quand on luy a constitué une dot pour la fille Religieuse: aussi elle n'en aura jamais ni aucune reprise, ni aucun remploy, enfin, dans le moment que cette donation a effet, la fille devient incapable par ses vœux. 17. Réponse & raison de difference.

18. Le fils donataire qui décede sans enfans avant son pere, ne fait point part. Il faut dire sur le même fondement, que si un fils donataire decede sans enfans avant son pere, il ne fera point part dans la legitime de ses freres, parce qu'il n'est plus au temps de l'écheance de la succession, & ne peut plus succeder: quoique sa donation augmente la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime.

19. Si les filles mariées & excluses par la Coutume, font part dans la legitime de leurs freres & sœurs. Enfin, pour ce qui regarde la derniere espece, nous avons déja dit ailleurs, qu'entre les Coutumes qui excluent les filles de la succession, lorsqu'elles ont esté mariées, il n'y en a point qui ne demande que les pere & mere lui constituent quelque legere dot, & que la Coutume de Bretagne disant en l'article 557. qu'il suffit que les filles soient suffisamment apparagées, elle présuppose aussi qu'elles ayent esté dotées par le pere: qu'aussi quoique Monsieur d'Argentré ait dit sur le 225. de l'ancienne Coutume, *minus autem dat & qui nihil dat*, neanmoins en sa glose 5. sur le même arti-

cle, il a dit, que la fille estoit reçûë à prouver de n'avoir pas esté suffisamment dotée, *proinde in casu dubio justa est præsumptio sufficienter & pro merito dotatam, quæ à patre dotata est; sed tamen contrarii probatio admittenda est.* Les Coutumes de Touraine, d'Anjou & le Maine, qui disent, qu'il suffit que les filles nobles ayent eu un chapeau de roses, & qu'elles ayent esté mariées noblement, s'expliquent elles-mêmes par ces termes: *C'est à dire, quelque leger don en mariage*; & la Coutume de Bourbonnois, art. 305. demande pour cette exclusion, que la fi le ait esté mariée & appanée par pere & mere: Or entre ces Coutumes il y en a, où la portion de la fille noble, qui a esté ainsi mariée, ou de celle qui a fait profession en Religion, appartient à l'aîné: & dans ces Coutumes, les filles nobles ainsi excluses, font part, mais au profit du même aîné, telle est la Coutume de Bretagne, art. 558. Les autres n'en ordonnent pas ainsi:

10. Resolution pour l'affirmative. & comme l'exclusion reglée par ces Coutumes suppose toûjours quelque dot, si legere qu'elle puisse estre, laquelle ne laisse pas d'estre une délibation de succession, j'estime que les filles ainsi excluses, ne laissent pas de faire part dans la supputation de la legitime. Aussi c'est la décision formelle de la Coutume de Bourbonnois, article 310. & de celle d'Auvergne, chapitre 12. article 32. Et Maistre Charles du Molin, sur cet art. 310. de celle de Bourbonnois, a dit, que ces filles non seulement font part pour diminuer celle des legitimaires, mais encore qu'elles font nombre pour augmenter la legitime, & la faire monter à la moitié, suivant la Novelle, *Non solum diminuendo partes singulorum, sed etiam augendo cumulum legitimæ de triente & semisse*, ce qu'il confirme en son Conseil 35. n. 9.

11. Si les freres font part dans la legitime des ascendans. La seconde question principale, est à l'égard de la succession des ascendans, & a déja esté proposée cy-dessus, sect. 3. c'est de sçavoir si les freres font part, lorsque les ascendans viennent à la legitime? Et il a esté dit, qu'en cas que les freres ayent la querelle d'inofficiosité, c'est à dire, *turpi persona instituta*, non seulement ils font part, mais ils prennent part avec les ascendans: & qu'en cas que le testateur ait institué une personne à l'ordinaire, les freres ne font point part, & les ascendans ont le tiers de tous les biens, supposé que cet institué soit un étranger: mais ils n'ont que le tiers de ce qu'ils auroient eu *ab intestat*, si cet institué est un frere germain: ainsi il y a deux cas où les freres font part dans la legitime des ascendans. Le premier, lorsque le testateur a institué une personne infame; le second, lorsqu'il a institué un frere germain: parce que dans ce second cas, le frere qui seroit exclus de la legitime, si c'estoit un étranger qui estoit institué, estant institué luy-même, est comme appellé à la legitime, & fait part dans la legitime des ascendans, suivant ce que nous avons dit avoir esté jugé au Parlement de Toulouse, & au Parlement de Grenoble.

La troisiéme question est de sçavoir, si ceux même, qui fournissent la legitime, ne font pas part quelquefois dans la supputation de la legitime: & il est certain qu'ils font part, quand ils auroient esté eux mêmes heritiers présomptifs.

12. Si l'aîné legataire universel fait part avec préciput, quand il n'y a pour tous biens qu'un seul principal manoir. Et comme nous avons dans la Coutume de Paris deux sortes de legitimes, l'une établie par l'art. 298. contre les donations entre-vifs ou testamentaires; l'autre par l'article 17. contre le droit d'aînesse, on demande ordinairement, si dans le cas de l'article 17. c'est à dire, lorsqu'il n'y a qu'un fief, consistant en un principal manoir, sans autres dépendances, ni autres biens, l'aîné donataire universel ou heritier *ab intestat*, estant obligé de fournir la legitime des puînez, doit faire part avec préciput, ou sans préciput? Et il a esté dit au chapitre de la succession des Fiefs, qu'il fait part avec préciput, parce que comme en considerant ce fief en qualité d'un principal manoir, l'aîné l'auroit tout entier, & qu'ainsi les puînez demeureroient sans legitime, on le regarde en ce cas en un autre sens, & en qualité de fief, & on le partage sur ce fondement, en donnant à l'aîné une plus grande portion dans ce principal manoir: Ensorte que l'on conserve le droit d'aînesse autant qu'il est possible, sans refuser pour cela aux puînez leur legitime: & cela conformément à l'article 96. de la Coutume d'Orleans, reformée depuis celle de Paris.

13. Quid s'il y a d'autres biens. Que s'il s'agit de la legitime établie par l'art. 298. de la Coutume de Paris, & que les puînez la demandent à l'aîné, qui est donataire ou legataire universel, en ce cas, l'aîné fait part avec préciput dans la supputation de la legitime: c'est à dire, que

14. Resolution, que l'aîné legataire universel fait part avec préciput. *jure retentionis*, l'aîné a d'abord le principal manoir, & ses deux tiers ou sa moitié dans les fiefs d'acquest, comme il auroit eu *ab intestat*: & à l'égard des autres biens il fait part comme un autre, dans la legitime, & il a le surplus des biens, dont le testateur a pû disposer *jure donationis aut legati*. Ainsi autre est la legitime de l'aîné quand il la demande contre des étrangers, autre quand il est luy-même donataire, & qu'il fait part pour diminuer celle des cadets, qui luy demandent leur legitime. Dans le premier cas, l'aîné n'a que moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat*: c'est à dire, de son principal manoir, & de sa plus grande portion au residu, parce qu'il est reduit à sa legitime: & je suppose qu'il ne poursuit sa legitime que contre des étrangers; car s'il la poursuit contre des puînez, c'est autre chose; parce qu'il s'agit alors de la dérogation au droit d'aînesse en faveur des cadets, ce qui se decide par d'autres regles, que nous avons expliquées au Chapitre de la Succession des Fiefs, sect. 1. Mais dans l'autre cas, & quand l'aîné fait part pour diminuer la legitime de ses puînez, & il a son préciput en son entier; aussi-bien que sa plus grande portion au residu, sans ce qu'il luy appartient au surplus. Ce qui a esté traité au chapitre de la succession des Fiefs, section 1. nomb. & l'on en peut ainsi reduire les moyens.

Raisons pour l'affirmative.

Le premier est, que quand les puînez poursuivent leur legitime contre leur aîné qui fait part dans leur legitime, il ne leur appartient à Paris que la moitié de ce qu'ils auroient eu *ab intestat*, suivant l'art. 298. de la Coutume: Or ils n'auroient eu que le tiers dans les fiefs, selon le nombre des enfans, les deux autres tiers & le principal manoir demeurant à l'aîné: ainsi ils ne doivent avoir que la moitié de ce tiers dans les fiefs.

Le second est, que l'aîné, quoique legataire universel, est saisi de son droit d'aînesse: parce qu'un legataire universel en directe est saisi de plein droit de son droit d'aînesse, la disposition de l'homme imitant la disposition de la Loy, c'est le sentiment de Tiraqueau. Ainsi son droit previent le partage qui se fait au legitimaire.

15. Que le préciput ne doit pas même entrer dans la masse des biens. Le troisiéme est, qu'à proprement parler, ce préciput ne doit pas même entrer dans la masse des biens, sur laquelle on fixe la legitime: & ainsi il n'en peut point souffrir le retranchement: parce qu'il n'est point donné au préjudice de la legitime: car il n'y a que les donations qui sont faites au pré-

Exemples. judice de la legitime, qui souffrent le retranchement, & qui entrent dans la masse des biens, comme il se verifie par l'exemple des dots de Religion, & des biens confisquez, au cas qu'un pere qui a marié un fils, ait depuis commis un crime qui emporte la confiscation : car un autre fils non pourvû, demandant sa legitime au fils donataire, les biens confisquez n'entreront point dans la masse, la confiscation n'estant point faite en fraude de la legitime. Or on ne peut pas dire, que jusqu'à concurrence du droit d'aînesse, le legs universel fait à l'aîné, soit fait en fraude de la legitime des puînez: ainsi il n'y a que le surplus du legs qui doive entrer dans la masse des biens : & à plus forte raison qui puisse souffrir le retranchement de la legitime.

26. Réponse aux objections. La premiere objection est de dire, que l'aîné ne doit avoir de préciput qu'en qualité d'heritier: mais il faut répondre qu'il est supposé heritier, quand il fait part dans la legitime, & que dans cette fiction il conserve son préciput.

La seconde objection est que l'aîné, en qualité de legataire universel, paye sa part des dettes à proportion de l'émolument, en y comprenant le droit d'aînesse, & qu'ainsi il doit contribuer de même à la legitime.

La réponse est double: car premierement, l'aîné paye les dettes comme legataire universel par la regle que *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno* : ainsi il les doit payer à proportion de l'émolument ; mais il fait part dans la legitime en qualité d'heritier, & en cette qualité il a un préciput franc & quitte.

En second lieu, les dettes se payent à des étrangers, qui ne reconnoissent ni préciput ni droit d'aînesse ; mais la legitime se paye à des coheritiers, qui sont obligez de reconnoître ce droit d'aînesse.

Enfin, la legitime ne se regle pas, comme les autres dettes, ce qu'il seroit aisé de verifier.

27. Préjugé pour la question. Aussi cette espece même s'estant presentée dans la succession de feu Monsieur Colbert, Ministre d'Etat, a esté decidée par Monsieur Pussort Arbitre, conformément à l'opinion qui vient d'estre établie : & il a esté jugé que Monsieur de Seignelay, Secretaire d'Etat, legataire universel de Monsieur son pere, devoit faire part avec préciput dans la legitime, qu'il estoit obligé de fournir à ses freres, & que l'on feroit une déduction & distraction de son droit d'aînesse, aprés quoy la legitime seroit payée sur le surplus des biens.

28. Si un aîné estant donataire entre-vifs, & renonçant, un second fils estant legataire universel, l'aîné fait part avec préciput dans la legitime des filles. Il y a une espece approchante de celle qui vient d'estre traitée. L'on suppose qu'un pere a marié son fils aîné, à qui il a donné de l'argent comptant, ensorte que ce fils aîné renonce dans la suite à sa succession, qu'ensuite il a acquis des fiefs, qu'il a donnez à un de ses autres enfans mâles par son testament, avec le reste de ses biens, & l'on demande si les filles à qui il n'a rien donné, auront leur legitime sur la part des fiefs, qui dans la succession *ab intestat*, auroit fait le préciput de l'aîné, & si l'aîné qui ne prend point de préciput dans les fiefs, fera part neanmoins avec préciput ? Et il faut conclure qu'il fera part avec préciput, premierement, parce qu'il n'est dû aux filles que la moitié de ce qu'elles auroient eu *ab intestat:* Or elles n'auroient eu que leur part, le préciput de l'aîné déduit & précompté. 2. Parce que le puîné legataire universel souffre actuellement du préciput de l'aîné, qui ne renonceroit pas s'il n'avoit plus que valeur de son préciput : & c'est la raison pour laquelle nous avons dit au Chapitre de la Succession des fiefs, sect. 1. que l'aîné renonçant & se tenant à son don, il n'y a point de droit d'aînesse pour le second fils. Et en cela, le legataire universel n'excipe point du droit d'un tiers; mais de son propre droit, qui consiste à retenir son legs universel, jusques à concurrence de la moitié de ce qui auroit appartenu aux legitimaires dans la succession *ab intestat*, qu'il est obligé de leur laisser pour leur legitime. Enfin, il n'y a point d'inconvenient de dire, que l'aîné, qui ne prend rien dans les fiefs, fasse part avec préciput dans la legitime de ses puînez ou de ses sœurs, par la raison qui vient d'estre touchée, qu'en cette espece, l'aîné a au moins la valeur de son droit d'aînesse.

La quatriéme question est de sçavoir, si dans le cas que les freres viennent à la querelle d'inofficiosité, c'est dire, *turpi personâ institutâ*, le pere qui n'y vient point avec eux, parce qu'il n'y est point appellé par nôtre Droit, & que l'incapacité de cet heritier n'est pas generale, (un bâteleur ne pouvant pas moins estre institué heritier, que toute autre personne, si ce n'est au respect des freres) fait part dans leur legitime, pour faire que les freres, qui ne viendroient qu'aux propres *ab intestat*, ne viennent aussi qu'aux propres, aprés avoir fait casser l'institution ou le legs universel, cette question, dis-je, semble terminée par ce que nous avons dit, sect. 2. nomb. 33. que les freres n'avoient pas, en ce cas, une simple legitime ; mais qu'ils faisoient casser l'institution ou le legs universel de la personne infame, pour le tout. Cependant il reste toûjours de sçavoir, si les freres s'estant fait ajuger par cette action la partie des propres, dont le testateur avoit pû disposer, auront encore, en ce cas, les meubles & acquests: & j'estime, que si l'on s'attache à la rigueur des regles, le pere n'empêchera pas que les freres n'ayent les meubles & acquests : aussi-bien que les propres, parce qu'en premier lieu, le pere & les freres ne sont point coheritiers, puisqu'ils sont heritiers de diverses natures des biens: *licet succedant eidem personæ, tamen ad diversa bona & videntur plura matrimonia & hereditates separata*, à l'exemple de ce qui est dit en la Loy *Si certarum §. 1. ff. de milit. testam.* que les biens castrenses font une succession distincte & separée. Ainsi les freres excluant l'institué ou le legataire universel, & le pere ne le pouvant exclure, il est juste que les freres, qui sont d'ailleurs capables de succeder aux meubles & acquests, & qui y succedent ordinairement, quand il n'y a point d'ascendans, en profitent seuls, en ce cas particulier, puisqu'ils ne doivent point profiter aux ascendans, qui ne sont point leurs coheritiers, & que la querelle ne profite qu'aux coheritiers. *L. 17. 18. & 19. ff. de inoffic. testam.*

29. Si le pere fait part dans la legitime des freres.

30. Raisons pour la negative.

En second lieu, les ascendans n'ayant point parmi nous la querelle d'inofficiosité; & estant étrangers à cet égard, ne doivent point faire part au préjudice des freres, de même que dans le Droit & dans la matiere de la legitime, lorsque le défunt a institué une personne, qui n'est point notée, les freres ne font point part au préjudice des ascendans, & ne les empêchent point d'avoir le tiers de tous les biens, suivant ce que nous avons expliqué cy-dessus, sect. 3. où nous avons dit, que quand l'ancien Droit avoit défini que la legitime estoit *quarta legitimæ partis*, c'estoit sur la présupposition, que ceux qui concourent à la succession, doivent aussi concourir à la legitime: ce qui arrive toûjours en ligne descendante ; mais que quand ceux qui auroient concouru à la succession, ne concourent point à la legitime, alors la legitime est plutôt *quota bonorum*, que non pas *quota legitimæ partis*, & ceux qui ne viennent point à la

31. Que dans le Droit & dans les Coutumes, le pere & le frere ne font point part au préjudice l'un de l'autre.

32. Quand tous ceux qui concourent à la succession ne concourent pas à la legitime, elle est *quota bonorum*, & non pas *quota*

legitime parts. Exemples. legitime, & qui n'y peuvent venir, ne sont pas plus considerez que s'ils n'estoient point, suivant la raison de la Loy *Si post mortem §. liberiff. de bon. possess. contra tab.* & il se faut faire de cela une regle uniforme pour ces trois exemples.

Le premier, pour les Provinces de Droit écrit, où les freres ne font point part au préjudice des ascendans, & n'empéchent point que la legitime des ascendans ne soit le tiers de tous les biens, si ce n'est au cas que les freres soient eux-mêmes instituez heritiers.

Le second, pour le païs coutumier, où les ascendans ne font point part regulierement au préjudice des freres, & n'empêchent point que les freres dans le cas qu'ils sont admis à la querelle, ne doivent faire casser à leur profit l'institution ou le legs même en ce qui concerne les meubles & acquests.

Le troisiéme est, tant pour le païs de Droit écrit, que pour le païs coutumier, où il est aussi uniforme que les neveux ne font point part dans le même cas au préjudice des freres.

33. Que l'équité demande que l'on s'écarte des regles dans l'espece proposée aux nombres précedens. Voilà ce qui est de la rigueur de nos regles, à laquelle on pourroit bien apporter, dans la suite des temps, quelque sorte de temperamment: car les ascendans concourant dans la succession avec les freres, pourquoy ne pourront-ils pas concourir dans la querelle d'inofficiosité, au cas où elle est acquise aux freres, & pourquoy ayant naturellement la correction des mœurs de leurs enfans, ne se plaindront-ils pas, que leurs enfans se soient assez oubliez, pour instituer par leur testament des personnes veritablement infames? Comment peut-on souffrir parmi nous, qu'un frere faisant casser le testament de son frere, comme fait au profit d'une personne notée, il ne se contente pas de prendre les propres, mais qu'il s'empare encore des meubles & des acquests, au préjudice du pere ou de la mere, à qui ils sont particulierement destinez? Le pere & les freres ne sont-ils pas coheritiers, sinon dans les mêmes biens, au moins dans une même succession? & si on ne veut pas que la querelle des freres profite au pere; n'est-il pas juste d'en donner une au pere même, que le mauvais choix du fils offense si fort? Peut-être qu'on dira que la méchante fin du fils, accuse l'éducation qu'il a reçûë du pere; mais la Loy n'est pas de ce sentiment, elle présume trop de l'affection paternelle, & sçait combien il est frequent qu'une méchante nature surmonte une bonne éducation.

SECTION VII.

Quelles donations sont sujettes à la legitime.

SOMMAIRE.

1. *Si les donations entre-vifs & les testamentaires sont également sujettes à la legitime.*
2. *Difference entre la querelle d'inofficiosité contre des testamens, & celle contre des donations.*
3. *Que même parmi nous la querelle d'inofficiosité fait quelquefois casser toute la donation.*
4. *Que dans les Coutumes où les donations entre-vifs ne sont point sujettes au rapport, elles ne laissent pas d'estre sujettes à la legitime.*
5. *Si les donations faites avant le mariage sont sujettes à la legitime.*
6. *Si les conventions matrimoniales des pere & mere sont sujettes à la legitime des enfans.*
7. *Cas, où dans nostre usage on prend la legitime deux fois sur les mêmes biens.*
8. *Coutumes qui décident, que les donations d'entre futurs conjoints, portées dans leur contrat de mariage, sont sujettes à la legitime des enfans du mariage.*
9. *Si le doüaire des enfans d'un premier lit, est sujet à la legitime des enfans d'un second lit.*
10. *Cas particulier, où cette question est susceptible de difficulté.*
11. *Qu'il n'y a pas de donation à accorder un doüaire propre en une Coutume, où il n'est que viager.*
12. *Mais bien à établir un doüaire excessif, ou une communauté de tous biens.*
13. *Que regulierement les clauses des contrats de mariage sont censées onereuses.*
14. *Arrest qui juge, qu'un doüaire stipulé propre aux enfans contre la disposition de la Coutume du domicile, n'est pas un avantage sujet à la legitime.*
15. *Que le doüaire des filles d'un premier lit prévaut au droit d'aînesse de l'aîné du second lit.*
16. *Que les dots sont sujettes à la legitime.*
17. *Qu'elles y sont sujettes, quoiqu'elles soient le prix d'une renonciation. Renvoy.*
18. *Des dots de Religion.*
19. *Mariage franc & quitte nuit à la legitime.*
20. *De la mere qui dote aux dépens d'autruy, & que la dot ne laisse d'estre sujette à la legitime.*
21. *Si les legs pies sont sujets à la legitime, quoique prétextez de restitution.*
22. *Préjugez pour l'affirmative.*
23. *Opinion singuliere sur cette matiere.*
24. *Si les Fiefs Royaux sont sujets au retranchement de la legitime.*
25. *Si une vente faite par un pere à son fils, n'est pas quelquefois sujette à la legitime des autres enfans.*
26. *Si les interêts de la dot, aussi-bien que le principal, sont sujets à la legitime.*
27. *Des donations de rapport, & si elles sont sujettes à la legitime.*
28. *Premier exemple des donations de rapport.*
29. *Second exemple.*
30. *Le pere qui rapporte ou qui s'abstient pour son fils, luy donne, & cette donation est sujette à la legitime.*
Que dans ce dernier cas d'abstention, le fils même prend sa legitime sur la donation du petit-fils.
31. Quid *si le petit-fils a consommé la donation.*
32. Quid *si le petit-fils ayant consommé, meurt avant l'ayeul.*
33. Quid *si c'est le petit-fils qui renonce à la succession de l'ayeul.*
34. *Arrest de Toulouse, qui a jugé qu'un pere ayant donné à son fils, à la charge de rendre la moitié à l'aîné des petits-fils, les autres petits-fils avoient leur legitime en la succession du fils.*
35. *Préference de la stipulation de franc & quitte à la legitime.*

1. Si les donations entre-vifs & les testamentaires, sont également sujettes à la legitime.

NOn seulement les dispositions testamentaires sont sujettes à la legitime, mais encore les donations entre-vifs, & l'on doit cet établissement à l'Empereur Alexandre, que le Jurisconsulte Paulus en rapportant cette Constitution en la Loy *Titia 87. §. 3. & 4.* appelle *tres-saint :* car ce fut luy qui le premier voulut remedier à l'injustice des peres, qui sçachant que leurs testamens estoient exposez à la querelle d'inofficiosité, se servoient de donations entre-vifs, ou pour frustrer leurs enfans, en donnant la meilleure partie de leurs biens à des étrangers, ou pour enrichir quelques-uns de leurs enfans au préjudice des autres par une espece d'impetuosité d'affection, selon le langage de la Loy 2. *C. de inoff. donat. Si pater*, dit cette Loy, *omne patrimonium suum impetu quodam immensæ liberalitatis, in filium effudit :* & l'Orateur Romain use de cette même expression, quand il dit en son Livre de l'Amitié, *Prudentis est sustinere ut casum, sic impetum benevolentiæ.*

2. Difference entre la querelle d'inofficiosité contre des testamens, & celle contre des donations.

Il y avoit neanmoins cette difference dans le Droit, que la querelle d'inofficiosité intentée contre un testament, donnoit atteinte à toute l'institution ; mais quand elle estoit intentée contre des donations entre-vifs, ce n'estoit qu'une demande de legitime, telle qu'elle est dans nôtre usage, soit qu'il s'agisse des dispositions testamentaires, soit de donations entre-vifs : Aussi la Loy 1. & la Loy 2. *C. de inoffic. donat.* ne promettent aux enfans en pareil cas, que la quatriéme partie des biens, à laquelle la legitime estoit alors reglée.

3. Que même parmi nous la querelle d'inofficiosité fait quelquefois casser toute la donation.

Il a esté dit neanmoins au commencement de ce Chapitre, que quand on a trouvé des marques trop manifestes d'une injuste aversion, qui pouvoient faire juger que le dessein du pere avoit plutost esté d'ôter à ses enfans, que de donner aux étrangers, l'on avoit infirmé les dispositions pour le tout ; ce que l'on avoit même observé contre des donations universelles faites à l'Eglise, dans lesquelles on avoit découvert plus d'inhumanité contre les enfans, que de Religion pour la cause pie. Quoy qu'il en soit, nous assujettissons les donations entre-vifs à la legitime, & cela a lieu dans les Coutumes mêmes qui les exemptent du rapport indistinctement : & nous distinguons en cela, entre le rapport pour la legitime d'autruy, & le rapport pour la succession : ce que Maistre Charles du Molin a observé sur l'art. 19. de la Coutume de Lille, lequel portant que donation entre-vifs ne se rapporte en succession, il a fait cette Note sur cet article. *Nisi in directa ad supplendam aliorum legitimam :* comme aussi la dispense du rapport n'empêche point l'imputation sur sa propre legitime, selon le même sur l'article 10. du chapitre 27. de la Coutume de Nivernois.

4. Que dans les Coutumes où les donations entre-vifs ne sõt point sujettes au rapport, elles ne laissent pas d'estre sujettes à la legitime.

5. Si les donations faites avant le mariage sont sujettes à la legitime.

La premiere question qui se peut proposer sur ce sujet, est de sçavoir, si les donations faites avant le mariage, sont sujettes à la legitime des enfans : ce qui se doit entendre des donations qui ne sont point sujettes à la Loy *Si unquam, C. de revoc.* Et il faut dire constamment qu'elles sont sujettes à la legitime, ce qui est suffisamment expliqué dans la Loy *Si totas 5. C. de inoff. donat.* où il est dit, que les enfans nez de quelque mariage que ce soit, *ex quocumque matrimonio nati*, peuvent demander leur legitime contre des enfans émancipez, à qui le pere a donné tous ses biens : ainsi les enfans d'un second lit la peuvent demander contre des enfans nez d'un premier mariage, dont la mere leur a procuré des liberalitez excessives. La raison qu'on en peut apporter, est qu'en tout temps le donateur a dû pourvoir aux enfans qu'il pourroit avoir dans la suite : cette obligation estant un devoir naturel, & une Loy tacite que la nature a formée, & à laquelle il ne peut pas déroger, *L. cum ratio natur. ff. de bon. damnat.* & que d'ailleurs le donataire a dû s'attendre que dans le cas où il ne seroit pas sujet à la Loy *Si unquam C. de revoc. donat.* il le seroit à la Loy *Si totas C. de inoff. donat.* qui est celle de la legitime, & est le Droit du monde le plus naturel, & que quand la présomption de la volonté cesseroit pour revoquer la donation en son entier, à cause de la survenance des enfans, l'équité viendroit au secours des enfans, pour leur permettre de se faire ajuger leur legitime sur cette donation.

6. Si les conventions matrimoniales des pere & mere, sont sujettes à la legitime des enfans.

La seconde question est de sçavoir, si les conventions matrimoniales des pere & mere, sont sujettes à la legitime des enfans qui naissent du même mariage : & il est certain que ce qui n'excede pas les bornes des conventions ordinaires, n'y est pas sujet, comme une communauté coutumiere, un doüaire coutumier, ou un préfix qui est proportionné au coutumier, un ameublissement du tiers des propres, lorsqu'il n'y a point de meubles, un préciput à l'ordinaire : car toutes ces clauses sont reputées onereuses. Mais un préciput exorbitant, un ameublissement excessif, un doüaire qui surpasse de beaucoup le coutumier, & une communauté dont le partage seroit stipulé d'une maniere inégale, & cela au desavantage du pere ou de la mere, sur les biens de qui la legitime est dûë, pourroit estre sujet à la legitime : Aussi, encore que ces clauses estant à l'ordinaire, un mineur soit capable de s'y obliger, parce qu'estant habile à contracter mariage, il l'est pour toutes les clauses qui sont usitées dans les contrats de mariage ; neanmoins quand elles sont exorbitantes, elles n'obligent point valablement un mineur, si les formalitez requises pour l'alienation des biens de mineurs, n'ont esté observées : parce que ces clauses sont reputées des donations à proportion de ce qu'elles vont audelà de l'usage ordinaire. Chopin sur Paris, livre 2. titre 1. nomb. 23. Du Luc, livre 7. titre 2. Peleus, liv. 3. act. 45. Bacquet, chapitre 21. nomb. 387. & 390. Et c'est pour cela qu'elles sont aussi quelquefois sujettes au retranchement de l'Edit des secondes nôces. Enfin, si l'on a jugé que les donations faites avant le mariage, & en un temps auquel l'on songeoit moins à avoir des enfans, ne laissoient pas d'estre sujettes à la legitime ; à plus forte raison tout ce qui pouvoit estre reputé donation dans un contrat de mariage, dans lequel on a dû pourvoir aux enfans qui pouvoient naître du mariage : d'où il arrive souvent que sur les biens donnez entre futurs conjoints, les enfans qui naissent du mariage, prennent une double legitime : une premiere, entant que les biens procedent du donateur : & une seconde, entant qu'ils appartiennent au donataire : & au cas, par exemple, que la donation ait esté faire par le mari à la femme, les enfans considerent d'abord les biens comme paternels, & y prennent la legitime qui leur est dûë sur les biens du pere, & ensuite ils en regardent le surplus comme biens maternels, & y prennent la legitime qui leur est dûë sur les biens de la mere, ce qui s'appelle dans les Provinces de Droit écrit, legitimer deux fois sur les mêmes biens.

7. Cas où dans nôtre usage on prend la legitime deux fois sur les mêmes biens.

Pour revenir à nôtre question, nous avons deux Coutumes dans le Royaume, qui reglent la chose

8. Coutumes qui décident, qu'

Les donations d'entre futurs conjoints portées dãs leur contrat de mariage, sont sujettes à la legitime des enfans du mariage.

chose conformément à ce qui vient d'estre dit. La Coutume de Saint Quentin article 14. & la Coutume de la Marche article 288. La premiere disant, que *de futurs conjoints se peuvent tout donner par leur contrat de mariage, pourvû que la legitime soit reservée à leurs enfans*, & la seconde disant, *sauf la legitime des enfans d'un precedent, ou du futur mariage*. Mais si la Loy *Si totas C. de inoffic. donat.* a lieu en ce cas, au profit des enfans contre leur mere donataire. Il n'en est pas de même de la Loy *Si unquam C. de revoc.* car les enfans ont esté prévûs par le donateur, & d'ailleurs, la donation leur doit profiter indirectement.

9. Si le doüaire des enfans d'un premier lit, est sujet à la legitime des enfans d'un second lit.

La disposition de ces deux Coutumes nous conduit à une troisiéme question qui a esté agitée dans ces derniers temps, de sçavoir, si le doüaire des enfans d'un premier lit, peut recevoir atteinte à cause de la legitime des enfans d'un second lit, dans laquelle j'estime (pour ne point tirer la chose en une importune longueur) que regulierement le doüaire n'est point sujet, en ce cas, à la legitime : parce que ce n'est point une donation ; mais une convention matrimoniale, que la Loy regle elle-même, quand les contractans n'y ont pas pourvû : & même c'est un titre onereux dans son principe, quoique quelques-uns le comparent à la donation pour cause de nôces, & entr'autres Monsieur Cujas *con. ult. 24.* & que l'on attribuë une Note à Maistre Charles du Molin sur l'article 157. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 6. où il est dit, que les enfans peuvent estre privez de leur doüaire pour leur ingratitude envers leur pere, comme ils le pourroient estre des donations qu'ils auroient reçûës de luy : ce qui n'auroit pas lieu, disent ils, si le doüaire estoit un titre onereux.

En effet, la comparaison du doüaire à la donation pour cause de nôces, n'est pas bien juste : le doüaire parmy nous est indépendant de la dot ; & la donation pour cause de nôces ne l'estoit pas. Il n'en est point la recompense, il s'execute, quoique la dot promise n'ait pas esté fournie. Ainsi l'on ne peut pas tirer consequence de cette donation au doüaire ; puisqu'ils different si fort dans leur établissement & dans leurs suites. Et pour la question de la revocation du doüaire des enfans pour cause d'ingratitude, elle seroit susceptible de beaucoup de difficulté. En tout cas la revocation ne pourroit avoir lieu, que pour une ingratitude accompagnée du dernier crime : auquel cas en haine d'un si horrible attentat, l'on considereroit le doüaire autrement qu'il n'est de sa nature, & on en jugeroit comme d'une donation ; mais non dans les autres cas d'ingratitude, qui donnent atteinte aux veritables donations. Et en general les enfans tiennent le doüaire *jure contractus*, comme dit Maistre Charles du Molin, sur l'article 112. de la Coutume de Valois, en rapportant l'Arrest de Montmorency.

Il faut entendre nôtre décision d'un doüaire coutumier, ou d'un doüaire préfix, qui n'excede pas le coutumier, ou la maniere ordinaire de constituer un doüaire. Car s'il y a quelque excés dans sa constitution, c'est une donation à proportion, laquelle est sujette à la legitime, suivant ces deux Coutumes qui viennent d'estre citées :

10 Cas particulier où cette question est susceptible de difficulté.

Ensorte que ce qui a rendu cette question si fameuse au Palais, & ce qui l'a fait paroistre un peu difficile au jugement de ceux qui n'ignoroient pas la matiere, c'est qu'elle s'est rencontrée dans des circonstances particulieres, où il y avoit sujet de douter s'il y avoit de la donation mélée dans le doüaire, par exemple, au cas qu'un homme domicilié dans une Coutume, où le doüaire n'est que viager, vienne se marier à Paris, & stipule que le doüaire aura lieu suivant la Coutume de Paris. Et pour dire mon avis sur cette espece même, il y a une tres-grande difference entre établir le doüaire propre aux enfans en une Coutume où il n'est pas viager, & faire un doüaire préfix, qui excede de beaucoup le coutumier, & la maniere ordinaire de constituer des doüaires : comme il y a beaucoup de difference entre stipuler une communauté de biens en païs de Droit écrit, & stipuler une communauté de tous biens, ou un partage inégal de communauté en païs coutumier. Celuy qui estant domicilié en une Coutume où le doüaire n'est que viager à la femme, le constituë aux termes de la Coutume de Paris, il choisit seulement la maniere de contracter pour faire un titre onereux, & il n'exerce, dans ce changement de Coutume, aucune liberalité. Il en est de même de celuy qui demeurant dans le païs de Droit écrit, eut-il tout son bien en argent comptant, se fait une communauté en se mariant : car l'avantage ne peut jamais estre dans une communauté égale, ni dans un doüaire qui est de droit commun, & d'un usage universel dans tout le Royaume, si ce n'est dans le cas de l'Edit des secondes nôces : & cela specialement pour la communauté.

11 Qu'il n'y a pas de donation à accorder un doüaire propre en une Coutume où il n'est que viager.

Il en va autrement à l'égard d'un doüaire excessif & d'une communauté de tous biens. Car ils passent pour de pures liberalitez, & sont sujets à la legitime des enfans d'un second lit : Aussi quoiqu'ils fassent partie d'un contrat de mariage, un mineur s'en peut faire relever. En un mot, toutes les conventions de mariage, qui n'excedent point le Droit commun du Royaume, sont des titres onereux ; & toutes celles qui excedent le Droit commun & la maniere ordinaire de contracter, sont des donations. Et cette regle peut servir pour la restitution du mineur contre ces sortes de conventions, & pour la legitime. Ce qui se peut appuyer de ce principe de Droit, que le principal caractere de la donation est, qu'elle procede d'un pur esprit de liberalité, suivant les décisions de la Loy *In ædibus 9.* & de la Loy 18. & de la Loy 25. *ff. de donat.* & que toutes les fois que cet esprit de liberalité ne se trouve pas, l'on est présumé passer un contrat onereux : Or qui peut avancer, que celuy qui se marie en païs de Droit écrit, & qui y stipule neanmoins une communauté, ait dans l'esprit de faire une donation à sa femme, ou que celuy qui demeure en une Coutume où le doüaire n'est que viager, & qui le stipule propre aux enfans, ait dans l'esprit d'exercer une liberalité envers ses enfans ; puisqu'il est manifeste que l'un & l'autre trouvant la Loy de la communauté, & celle du doüaire propre aux enfans, plus juste & plus raisonnable, aime mieux contracter suivant l'une & l'autre Loy.

12. Mais bien à établir un doüaire excessif, ou une communauté de tous biens.

En effet, le contrat de mariage estant un contrat onereux, les clauses qui le composent, ne doivent passer pour des donations que quand elles sont exprimées telles, ou qu'elles n'ont point d'autre face. Or de contracter plûtost suivant une Coutume que suivant une autre, ce n'est point donner ; quoiqu'il y ait du profit pour quelqu'un dans l'évenement : parce qu'il est tres-possible & tres-ordinaire, que les futurs conjoints en usent ainsi, par la seule prédilection qu'ils ont pour la Coutume à laquelle ils s'attachent, principalement quand elle n'est point exorbitante du Droit commun. Car il est à observer que dans l'occasion du mariage, qui est la plus importante de la vie, & dans laquelle celuy qui ne faisoit

13. Que regulierement les clauses des cõtrats de mariage sont censées onereuses.

partie que de sa maison, commence à faire partie de la Republique : *antehac domus pars videntur, mox Republicæ*, dit Tacite dans sa Germanique, l'on a droit de se soumettre à une nouvelle Coutume pour les conventions de mariage, comme l'on s'établit quelquefois en ce rencontre un nouveau domicile, par le premier moment d'une nouvelle demeure; la Coutume de ce nouveau domicile établi en un moment contractant au lieu de l'homme, & reglant ses conventions, comme il se voit dans l'exemple de celuy qui demeurant à Lyon vient se marier à Paris, où il continuë depuis son domicile: car sa femme aura doüaire & communauté : ce qui montre la faveur extrême du mariage, lequel, s'il faut ainsi dire, met l'homme audessus des Loix de sa patrie, & luy permet de s'en former de nouvelles, de déroger à la Coutume de son païs, & de s'établir en un moment un nouveau domicile & une nouvelle Coutume.

14. Arrest qui juge, qu'un doüaire stipulé propre aux enfans contre la disposition de la Coutume du domicile, n'est pas un avâtage sujet à la legitime.

Enfin, nôtre question s'estant presentée en la seconde des Enquestes, au procés de Fernand de Champlais, Abbé de saint Martin, & de Messire Camille de Champlais, Marquis de Courcelles, appellans, contre Messire René de Mognes sieur de Sermaises, & Dame Chrysanthe-Loüise de Champlais sa femme, dans cette même espece qui vient d'estre proposée, & s'agissant de sçavoir, si les enfans du second lit du sieur Champlais, & de la Dame de Neufville, pouvoient prétendre une legitime sur le doüaire préfix, qu'il avoit constitué à Dame Catherine du Val sa premiere femme, & qui avoit esté fait propre aux enfans de son premier lit : parce qu'encore qu'il fût demeurant au Maine, où le doüaire est simple viager; neanmoins s'estant marié à Paris, il avoit stipulé que le doüaire auroit lieu conformément à la Coutume de Paris, par Arrest du 3. Aoust 1682. l'on jugea que la legitime ne devoit point avoir lieu au préjudice du doüaire des enfans du premier lit, & qu'un homme qui estant domicilié au Maine, se soûmet pour ses conventions à la Coutume de Paris, & rend le doüaire propre aux enfans qui naistront du mariage, n'est point reputé faire aucune donation aux enfans qui naistront du mariage, laquelle soit sujette à la legitime des enfans d'un autre lit.

15. Que le doüaire des filles d'un premier lit, prévaut au droit d'aînesse de l'aîné du secōd lit.

Sur le même fondement j'estime que le doüaire des filles d'un premier lit, l'emporte sur le droit d'aînesse des enfans du second lit. Que si on lit le contraire dans Beaumanoir, titre des Doüaires, c'est parce que dans la Coutume de Clermont, le doüaire n'est que viager, & ne passe pas aux enfans.

16. Que les dots sont sujettes à la legitim.

On ne doit pas revoquer en doute, que les dots ne soient sujettes à la legitime, soit qu'elles soient constituées au profit de quelques-uns des enfans; soit en faveur d'étrangers, suivant la Loy unique *C. de inoffic. dot.* & suivant les deux Loix du même titre du Code Theodosien, dont la premiere, qui est attribuée à l'Empereur Constantin, & qui a esté rapportée avec quelque changement dans le Code de Justinien, est generale, & ne comprend pas seulement comme la Loy unique du Code de Justinien, les dots constituées à l'occasion des secondes nôces; mais concerne toute sorte de dots en general, ce qui doit servir à expliquer cette Loy unique. En un mot, ces Loix, sans avoir égard à l'interest du mari, qui semble ne devoir jamais estre frustré de la dot qui luy a esté apportée, suivant la Loy *Titia 62. ff. de jure dotium*, & la Loy *Si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. caus. dat. non sec.* l'assujettissent à la legitime des freres de sa femme, & jugent qu'il a dû prévoir ce cas, & qu'un leger inconvenient ne doit pas donner lieu de frustrer des enfans de leur legitime : ce que l'on a jugé par les Arrests devoir avoir lieu aussi-bien à l'égard des dots constituées en deniers, que pour celles constituées en immeubles; & c'est un des points décidez par l'Arrest de Saint Vast, rapporté par du Fresne, livre 4. chapitre 5. qui est du 3. Decembre 1642.

L'on a demandé si la dot constituée à une fille pour le prix & pour recompense de sa renonciation aux successions futures de ses pere & mere, devoit estre sujette à la legitime de ses freres & sœurs? Et la raison de douter est, que quand la fille qui a renoncé, a moins que sa legitime dans la dot qui luy a esté constituée, elle n'a pas droit d'en demander le supplément; mais nous traiterons cette question au Chapitre des Renonciations, sect. 1. où nous ferons voir que l'affirmative est plus veritable; parce qu'autrement il seroit aisé à un pere de frustrer ses autres enfans de leur legitime, en faisant renoncer à sa succession la fille qu'il voudroit préferer, & luy constituant une dot, qui blesseroit leur legitime, & parce qu'il n'est pas toûjours vray, que la fille qui a ainsi renoncé, ne puisse demander sa legitime, vû qu'il peut y avoir certaines circonstances dans lesquelles on ne laisseroit pas de l'écouter dans sa demande de supplémemt de legitime, ce que nous avons montré cy-dessus, sect. 2. nomb. 35.

17. Qu'elles y sont sujettes quoiqu'elles soient le prix d'une renonciation. Renvoy.

☞ A l'égard des dots de Religion, elles ne sont pas sujettes au retranchement de la legitime, parce que ce sont des contrats onereux. 18. Des dots de Religion.

Sur le même fondement, il faut dire que si une mere a marié son fils, & a declaré ses biens francs & quittes, les freres ne pourront pas, sous prétexte de leur legitime, empêcher que la bru ne se venge sur les biens de la mere, jusques à concurrence de ce qu'elle ne peut recouvrer de ses conventions sur les biens de son mari, au moyen des dettes qu'il avoit lors du mariage; parce que si son cautionnement est une liberalité au respect de son fils, c'est un titre onereux au respect de sa bru; & comme si la mere avoit cautionné son fils envers un étranger, l'interest des autres enfans qui voudroient faire passer leur legitime avant cette créance, ne feroit pas obstacle au creancier, sauf aux legitimaires à se pourvoir contre leur frere; aussi la legitime dont il s'agit ne doit pas prévaloir à la créance de la bru, ni empêcher l'effet du cautionnement de sa belle-mere. Autre chose est quand la bru n'a qu'une simple hypoteque sur des biens donnez à son mari : car en ce cas cette hypoteque dépendant de la donation, souffre le retranchement qui se fait sur la donation même pour la legitime des freres; mais c'est que l'ascendant ne s'est pas obligé envers la bru; mais a seulement donné au fils des biens qui pouvoient servir d'hypoteque à la bru; au lieu qu'en l'espece dont il s'agit, la mere a cautionné le fils envers la bru, & s'est obligé au payement de la dot, jusques à la concurrence des biens par elle donnez à son fils, lesquels elle a declarez francs & quittes; ce qui est un contrat onereux envers la bru, comme la dot de Religion promise au Convent.

19. Mariage franc & quitte nuit à la legitime.

Ceci nous oblige à dire un mot de plus de cette clause, par laquelle un pere ou une mere marie son fils franc & quitte; & cela par rapport à la legitime des autres enfans. Il faut donc sçavoir que cette clause n'est pas une donation en vertu de laquelle l'enfant marié & declaré

Préference de la stipulation de franc & quitte à la legitime.

franc & quitte, puisse agir pour obliger le pere ou la mere de payer ses dettes : mais c'est une garantie telle que quand dans un contrat de vente ou de constitution de rente, on garantit le vendeur franc & quitte : ainsi la clause ne regarde que l'interêt du conjoint, & si c'est un fils qui soit marié franc & quitte, il suffit au pere ou à la mere d'executer cette garantie, en répondant des conventions de la bru ; c'est pourquoy quelquefois cette clause oblige le pere à garantir les conventions de sa bru ; quelquefois à payer seulement les dettes existantes lors du mariage. Quand les dettes contractées lors du mariage sont excessives, la bru ni sa famille n'a pas d'action contre le pere qui a marié son fils franc & quitte, pour l'obliger de nettoyer les dettes de son fils, quoique le pere luy offre de luy payer ses conventions, suivant la Sentence de separation qu'elle a obtenuë ; mais l'offre est valable. Ainsi le pere ne payera point en ce cas les autres creanciers de son fils, non parties au contrat, mais la dot ; Que si la dot de la bru estoit immeuse, & les dettes du fils anterieures à son mariage moins considerables, & que neanmoins la dot de la bru periclitât, parcequ'elle auroit parlé durant que le mariage ou la communauté a subsisté ; en ce cas, le pere ne seroit point du tout obligé de payer la dot à sa bru : mais il luy suffiroit de payer les dettes anterieures, suivant sa convention, pour raison desquelles il auroit même recours sur les biens de son fils, comme subrogé à ces dettes anterieures ; parcequ'il n'a pas prétendu luy donner, mais le cautionner, & que les donations ne sont jamais présumées, mais doivent estre expresses, L. 26. 31. & 32. *ff. de donation.* & il aura le même recours dans le premier cas, auquel on suppose qu'il paye la dot de sa bru. Voilà ce qu'il faut ajoûter à l'Arrest de Bodelot, du Vendredy de relevée 1. Avril 1667. qui est dans le Journal des Audiences, tom. 3. liv. 1. chap. 25. & c'est peut-estre un moyen de le concilier avec l'Arrest de Pastoureau, qui semble contraire ; car les raisons de differences que le Journal a rapportées, ne nous touchent pas. Or en l'un & l'autre cas, ce qu'il en coûte au pere, peut le ruiner, & frustrer ses autres enfans de leur legitime, qui ne se prend jamais sur un titre onereux, comme il paroît par les dots de Religion, qui ne sont point sujettes à la legitime des freres. C'est pourquoy on doit rarement conseiller ces clauses.

10. De la mere qui dote aux dépens d'autruy, & que la dot ne laisse d'estre sujette à la legitime.

Quoique la mere dote sa fille aux dépens d'autrui, la dot de la fille ne laissera pas d'estre sujette à la legitime de ses freres & sœurs. Ainsi une femme remariée n'ayant rien de son chef, & les enfans de son premier lit n'ayant rien non plus du chef de leur pere, & cette femme n'ayant pas laissé de doter durant son second mariage la fille de son premier lit d'une somme de 12000. livres, tant sur la succession échûë du pere, que sur la sienne à échoir, & ayant même renoncé dans la suite à la seconde communauté, on fut d'avis au Palais, qu'encore que dans la verité cette fille eut esté entierement dotée aux dépens du second mari ; neanmoins dés qu'il avoit bien voulu hazarder cette somme, qui fut tirée par sa femme de sa communauté pour la constitution de cette dot, on ne devoit regarder que le titre de la donation, non l'effet du prêt & de l'avance faite par le second mari ; & qu'ainsi la somme estant donnée toute entiere sur la succession future de la mere, puisqu'il n'y avoit point de biens dans la succession échûë du pere, estoit sujette à la legitime des autres enfans, heritiers legitimaires de leur mere.]

L'on demande en cinquiéme lieu, si les legs pies sont sujets à la legitime. Et certes ce n'est pas une question, si l'on consulte la charité naturelle, qui doit estre la source de toutes les Loix civiles, comme la charité Chrétienne est celle des saints Canons. C'est pourquoy il faut proposer la question dans quelque espece qui fasse difficulté, & supposer, par exemple, qu'un legs pie, qui absorbe tous les biens d'une succession, soit fait sous prétexte de restitution, & que le testateur ait declaré que, pour l'acquit de sa conscience, il fait l'Hôpital General son legataire universel ; ce qui n'est pas sans exemple : car souvent l'on croit à l'instant de la mort pouvoir reparer les larcins de toute sa vie par ses aumônes, & que le pain qu'on laisse à quelques pauvres, suffit pour expier le sang d'une infinité de personnes qu'on a fait perir par mille injustices : offrande, dont le succés est un peu casuel, & dont je ne doute pas qu'on ne puisse dire quelquefois avec le Poëte, *sacra retorserunt oculos.* Il y a un préjugé contre les legitimaires dans l'article 289. de la Coutume d'Anjou, où il est dit, qu'encore que regulierement un mari ne peut pas disposer par testament de la part de sa femme dans les biens de la communauté ; neanmoins il peut ordonner, pour la décharge de sa conscience, que son conquest sera rendu au vendeur pour le même prix qu'il le luy avoit vendu, auquel cas la femme prendra ses droits sur le prix seulement. Et nonobstant cela il faut dire, que comme les larcins publics sont quelquefois ceux dont la preuve est plus difficile, si les enfans demandent leur legitime sur cette disposition, ils doivent estre écoutez, suivant ce que saint Gregoire le Grand, Livre 7. Epître 4. écrivoit à l'Evesque de Messine, que quelque prétexte & quelque couleur qu'un testateur eût donné à une disposition, qu'il avoit faite au profit de son Eglise, dans laquelle même il avoit choisi sa sepulture, il falloit examiner s'il restoit des alimens aux enfans, avant que de percevoir un legs qui estoit fait pour la sepulture du testateur. Ce que saint Augustin dit encore plus avantageusement pour l'Eglise, dans ce fameux passage dont on a tiré le Canon *Quicumque 43. cap. 17. qu. dern.* quand il se flatte qu'il ne se trouvera point de Pasteurs qui se chargent de pareilles liberalitez. Et le prétexte d'une restitition, lorsqu'il n'y a point de preuve *de malè ablatis*, n'est pas plus considerable, qu'un legs que l'on qualifie remuneratoire, lorsqu'il n'y a point de preuve des services que le testateur a prétextez, & qui ne laisse pas d'estre sujet à la legitime, suivant ce qui est décidé dans le Conf. 45. du livre 1. d'Alexandre nomb. 11. C'est aussi l'opinion de Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynut. gl. 1. num. 27.* où examinant celle d'Angelus qui tient sur la Loy 1. §. *municipium ff. ad L. falcid.* qu'une restitution d'interêts usuraires, qui est ordonnée par le testament d'un pere, peut entâmer la legitime des enfans ; il dit premierement qu'en ce cas, on doit considerer les enfans, comme les premiers pauvres, & leur distribuer des alimens ; & en second lieu, que pour cela même il est requis que l'usure & le vol soient constans, & qu'on n'en doit pas croire la declaration d'un pere, à qui il n'est pas permis, sous de pareils prétextes, d'alterer la legitime de ses enfans.

21. Si les legs pies sont sujets à la legitime, quoique prétextez de restitution.

C'est pourquoy quand cette preuve ne se rencontre pas, il en faut revenir à la question generale, si les legs pies ne sont point sujets à la legitime, dans laquelle il y a un préjugé avantageux

22. Préjugez pour l'affirmative.

qui est un Arrest du 21. Avril 1575. rendu sur un Plaidoyé de Maistre René Chopin, & par luy rapporté en son Traité *de sacra Politia lib. 3. tit. 5. num. 25.* lequel jugea, qu'un legs de propres, fait au profit de l'Eglise, audelà de ce qu'il estoit permis de disposer de ses propres par l'article 321. de la Coutume d'Anjou, estoit sujet à la legitime coutumiere des collateraux. Et quelquefois même on a cassé pour le tout, la disposition faite en faveur de l'Eglise, lorsqu'on a reconnu que le pere l'avoit faite en haine de ses enfans, comme il paroît par l'Arrest rapporté cy-dessus, sect. 1. nomb. 2. De plus, dans l'ancienne Jurisprudence l'on a ajugé la legitime au pere contre des legs pies, comme il se voit dans le premier chapitre de Maistre Anne Robert. Que s'il paroît *de malè ablatis*, il n'y a pas de difficulté que la restitution du bien d'autruy, est préferable à la legitime.

23. Opinion singuliere sur cette matiere. Il faut observer, que ceux qui n'ont pas esperé de succés à soûtenir que les legs pies estoient exempts de la legitime, se sont retranchez à prétendre, qu'ils ne devoient souffrir de diminution pour la legitime, que subsidiairement, & aprés que l'on avoit épuisé toutes les autres dispositions, ce qui sera examiné dans la section suivante, où nous traiterons les questions qui concernent l'ordre de la perception de la legitime.

24. Si les Fiefs Royaux sont sujets au retranchement de la legitime. L'on peut encore demander si les fiefs, que l'on appelle *de haute dignité*, autrement *les Fiefs Royaux*, qui comprennent les Duchez, les Marquisats, & les Comtez, peuvent souffrir le retranchement de la legitime? Et il est des regles, que ces fiefs sont indivisibles: c'est pour cela que ceux qui en sont revêtus, ont l'honneur de porter la Couronne au dessus de leurs armes, laquelle, suivant Balde, sur l'Authentique *Hoc amplius C. de fideic.* est le symbole de l'unité. Il y en a une Constitution de l'Empereur Frederic *de feud. non alien.* & nous avons dit ailleurs, qu'on avoit eu deux motifs dans cet établissement; le premier, que le service de la guerre se rend beaucoup mieux par celuy qui conserve ces grands fiefs en leur integrité: le second, que les reliefs & les autres droits du Roy en sont mieux assignez, & s'enexigent plus aisément. Quoy qu'il en soit, l'on garde la Loy de l'indivisibilité des grandes Seigneuries dans tous les Parlemens du Royaume, comme on peut voir dans Bouchel sur le mot *legitime, fol. 555.* & dans Monsieur Expilly chap. 12. On passe même plus avant, car l'on tient, que ni la Trebellianique, ni la falcidie, non plus que la legitime, ne se doivent point prendre sur ces Fiefs Royaux, Guy Pape, qu. 606. & suivantes, le Grand sur l'article 95. de la Coutume de Troyes, gl. 3. nomb. 42. Cependant lorsque l'aîné, qui les possède, ne peut pas recompenser ses puînez en autres terres ni en argent, ces Fiefs peuvent estre divisez pour leur legitime. Ce que nous avons expliqué au sujet de la succession des fiefs, où nous avons montré dans la section 2, que cette prérogative de l'indivisibilité des hautes Seigneuries, souffroit cette exception: parcequ'elle n'augmente pas le droit de l'aîné; mais luy donne lieu seulement de conserver son fief en son entier, en recompensant ses puînez: Qu'aussi la Coutume ne distingue point entre les fiefs de haute dignité, & les autres, quand il s'agit de les partager entre les enfans, & que les Ducs qui assistent à la reformation ne s'opposent point, pour faire établir à leur égard un droit particulier: Qu'enfin c'est le sentiment de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 20. de la Coutume de Paris, nomb. 6. & 7.

Je demande en septiéme lieu, si une vente faite par un pere à son fils, n'est pas quelquefois sujette au retranchement de la legitime des autres enfans? Et il est constant, que si l'on a prétexté une vente pour faire une donation, la legitime a lieu sur la chose donnée, à l'exemple de l'action qui se donne à l'impubere, qui a esté arrogé, quand son pere adoptif a machiné quelque contrat pour le frustrer de la quarte qu'il doit avoir par le benefice de l'Empereur Antonin. Cujas *Consult. 60.* & generalement dans les cas où le rapport d'une donation, faite sous prétexte d'une vente, doit avoir lieu, suivant les principes que nous expliquerons, livre 3. chapitre des Rapports, le retranchement de la legitime aura aussi lieu: ce qui dépend le plus souvent des circonstances. Que si dans un même contrat il y a de la donation & de la vente, comme lorsque le pere a vendu à vil prix, la chose peut souffrir le retranchement à proportion de ce qui a esté donné sur le veritable prix. Et non seulement les ventes faites aux enfans peuvent estre accusées de fraude; mais encore celles faites aux étrangers, quand elles servent de couleur à des donations, à l'*instar* de cette action Calvisienne, qui se donnoit au patron pour faire revoquer les ventes même, que son affranchi avoit faites pour le frustrer de sa legitime, & de l'action Fabienne qu'il avoit droit d'intenter, lorsqu'on l'avoit voulu frustrer par un testament; & à l'exemple enfin de l'action Paulienne, laquelle les creanciers que l'on avoit voulu frustrer avoient droit d'intenter contre un tiers acquereur, quand il estoit participant de la fraude, selon la Loy 1. & la Loy 10. *ff. Quæ in fraudem.* 25. Si une vente par un pere à son fils, n'est pas quelquefois sujette à la legitime des autres enfans.

☞ Que si le pere a donné à son fils sa Charge de Judicature pour le prix qu'elle luy avoit coûté trente ans auparavant, par exemple, pour 20000. livres, quoiqu'elle valût 60000. livres lors de la donation. C'est une question si cet avantage, qui aux termes des Arrests n'est point sujet à rapport, n'est point sujet non plus à la legitime des freres, qui s'en trouve blessée, cette Charge estant le principal effet de la succession. L'on peut même demander si, supposé qu'il y eût beaucoup d'autres biens, cet avantage, qui ne souffriroit pas en ce cas le retranchement, parceque l'on trouveroit assez de biens extans, & de legs, ou de donations subsequentes à retrancher pour en former la legitime, ne seroit pas au moins compté dans les biens, & n'entreroit pas dans la masse, sur laquelle on fixe la legitime? *Quid* de la vente de la Charge du pere.

Raisons pour les legitimaires.

L'on dit pour montrer que non seulement cet avantage doit entrer dans la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime; mais encore qu'au besoin il peut estre retranché pour la legitime, que c'est un titre lucratif, & que par consequent il est sujet à la legitime; de plus, que c'est un titre d'une liberalité meditée: qu'ainsi on ne peut pas comparer cet avantage, ni avec une dot de Religion, qui est un titre onereux passé avec le Convent, non avec la fille Professe, ni avec une confiscation qui n'est point une liberalité, mais un malheur & un accident. D'ailleurs, ce n'est pas une bonne consequence de dire, une chose n'est pas sujette au rapport de succession, par consequent elle n'est pas sujette non plus à la legitime: parceque la legitime est encore plus favorable que le rapport, & elle tend à reparer une plus grande injustice que celle qui vient du dé-

faut de rapport : Par exemple, qu'un fils ne rapporte pas à la succession de son pere l'excedant du prix d'une Charge que son pere luy a donnée pour le prix qu'elle luy avoit coûté, c'est un petit avantage que des freres coheritiers peuvent supporter, mais qui est bien plus fâcheux pour des freres reduits à leur legitime. Il n'y a souvent en cela qu'une legere inégalité pour les freres coheritiers; mais il y a souvent une cruelle injustice pour des freres reduits à leur legitime. Enfin l'avantage que tous les freres reçoivent d'avoir un Officier à leur tête, n'est pas comparable à la perte qu'ils souffrent, quand cet avantage les reduit à leur legitime, sans augmenter la masse des biens, & sans estre sujet au retranchement. La legitime est un droit naturel, que de vains honneurs n'acquittent point : Un rayon d'honneur qui réjaillit sur les freres, ne fait pas leur subsistance. Quand les Dignitez seroient quelque chose de plus réel, le bien d'un aîné, par exemple, ne s'impute pas sur sa legitime de ses freres, & il seroit d'une injustice évidente, qu'un avantage qui luy reste leur tint lieu d'alimens : d'autant plus que nous dirons en la Section 9. de ce Chapitre, nomb. 38. & suivans, que l'on n'impute point sur la legitime des enfans, ce qui a esté donné à leurs propres enfans.

Raisons pour le frere pourvû de l'Office.

Le frere pourvû de l'Office dit au contraire, que quand l'Arrest du 4. Février 1614. appellé ordinairement l'Arrest de Tambonneau, a jugé que l'avantage que fait un pere à son fils, en luy donnant sa Charge pour le prix qu'elle luy a coûté, n'est point sujet à rapport, il a assez préjugé qu'il n'estoit point sujet à la legitime, puisque le rapport se fait à la succession, & que la legitime est une quotité dans la succession, *L. Papinianus §. quoniam ff. de inoff. testam.* le legitimaire estant *heres in legitima.* D'ailleurs, ces deux droits de donner son Office de Judicature à un de ses enfans pour le prix qu'on l'a acheté soy-même, & de reduire tels de ses enfans que l'on veut à leur legitime, ne sont point incompatibles, & ne se font point obstacle l'un à l'autre. L'un & l'autre est permis à la prudence du pere, qui peut donner sa Charge à son aîné, par exemple, pour le prix coûtant, & aprés cela reduire ses puînez à leur legitime. Outre que l'obligation que le pere, arbitre dans sa famille, impose à un fils de se charger d'un Office, reduit bien quelquefois les revenus du fils Officier sur le même pié que ceux des legitimaires. Enfin, quoy qu'on dise, la dignité d'un Officier est une lumiere qui brille sur sa maison, & sur sa famille. Il est donc juste que ceux qui ont part à la gloire, ayent part à la Charge, & que l'excedant du prix tombe sur toute la succession, quand le pere en a ainsi disposé.

Pour resoudre cette question, il faut dire que quand il n'y a qu'une Charge pour tous biens, & que le pere l'a donnée à un des fils pour le prix qu'elle luy avoit coûté autrefois, si le fils fait un profit considerable, par rapport au temps de la donation, ce profit & cet avantage est sujet à la legitime; quoiqu'en tout autre cas, il n'y seroit pas sujet. La raison est, que quand la Charge fait tout le bien du pere, on doit considerer cet avantage comme un fief, lequel consistant en un seul manoir, fait aussi tout le bien de la maison : or en ce cas on donne une legitime contre le droit d'aînesse, suivant l'art. 17. de la Coutume de Paris, comme on en doit ici donner une contre cet avantage, que les Arrests ont permis aux peres de faire à un de leurs fils sur le prix de leurs Charges : l'équité naturelle demande cela. Il n'est pas juste qu'une Charge de 60000. livres, qui fait tout le bien d'une maison, soit donnée à un fils pour 20000. livres, & que par cette estimation une douzaine de freres & sœurs soient reduits à la mendicité. Aussi les Arrests en établissant cette Jurisprudence, n'ont pas entendu ôter aux autres enfans leur legitime & leurs alimens; mais en tout autre cas l'avantage n'est point sujet à retranchement, & n'entre pas dans la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime, les enfans legitimaires n'y pouvant jamais rien avoir, non plus que sur le droit d'aînesse d'un aîné, qui par cette raison n'entre point non plus dans cette masse; autrement on détruiroit la Jurisprudence des Arrests, en faisant rentrer dans une quotité de la succession, ce qu'ils ont exclus du tout, & obligeant le fils Officier de rapporter pour la legitime de ses freres, ce qu'ils l'ont exempté de rapporter à la succession, sur laquelle cette legitime doit estre prise.]

Je demande en huitiéme lieu, si un pere & une mere ayant marié leur fille, & luy ayant promis vingt mille livres en mariage; mais n'ayant point acquitté cette somme de leur vivant, sans que l'action ait esté prescrite, le gendre s'opposant pour luy & ses enfans au decret de leurs biens, doit venir pour les arrerages du temps de sa communauté en concurrence avec ses enfans pour le principal, sur lequel principal seulement, les autres enfans auront leur legitime; ou si ces autres enfans viendront pour leur legitime, tant sur les interêts, que sur le principal de ces vingt mille livres? La raison de douter estant, que ces interêts, qui sont encore dûs, sont une partie de la donation, que d'ailleurs les quittances peuvent en avoir esté renduës par le pere qui a doté, & qu'enfin ce seroit un moyen d'éluder la legitime, un pere pouvant donner plus qu'il n'a vaillant, & sa succession suffisant à peine pour payer les interêts échûs. Cependant j'estime que *citra fraudem*, le mari est bien fondé à demander ses interêts, sans aucune charge pour la legitime de ses beaufreres, & j'apprends qu'il a esté ainsi jugé par Arrest de la Quatriéme des Enquêtes. 26. Si les interêts de la dot aussi bié que le principal, sont sujets à la legitime.

☞ La premiere raison est, que la legitime ne doit pas monter plus haut, sous prétexte que la donation reste à executer, que si elle avoit eu tout son effet : Or si la donation avoit esté accomplie, il n'y eût eu que le principal de la donation qui eût esté sujet à la legitime : & par consequent la donation restant à executer, elle ne souffrira pas diminution à cause de la legitime que dans son principal, & non point dans ses interêts.

La seconde est, que le rapport pour la legitime des enfans, imite le rapport à la succession : parceque la legitime est *quota hereditatis*, & qu'on ne peut estre legitimaire sans estre heritier : Or en fait de successions les fruits ne se rapportent que du jour du decés : & par consequent ils ne se rapportent aussi que de ce jour pour la legitime.

La troisiéme est, qu'on n'assujettit rien au retranchement de la legitime, qu'il ne puisse entrer dans la masse des biens sur laquelle on compose la legitime : Or il n'a jamais esté dit que des interêts d'une somme promise en mariage, augmentent la masse des biens sur laquelle on fixe

la legitime : car soit que la somme ait esté payée, soit qu'elle ne l'ait pas esté, ces fruits ne sont point censez *in bonis* du donateur ; mais ils en ont déja esté, ou en doivent estre distraits, comme estant consommez, ou estant reputez consommez par le donataire.

Cette décision ne doit avoir lieu qu'en cas qu'il n'y ait aucune fraude : car s'il y avoit de fortes présomptions, que le pere ayant payé les interêts de sa dot promise, eût rendu les quittances au donataire ; ou si la somme donnée estoit si excessive eu égard aux biens du donateur, qu'il y eût apparence que le donateur eût porté sa donation à un tel excés, dans le dessein que dans les seuls interêts il y eût une donation considerable, qui fût exempte de la legitime : en l'un & l'autre cas la legitime des autres freres, se prendroit sur les interêts, mais *citra fraudem*, les interêts ne sont point sujets à la legitime.

Cependant il peut arriver un cas particulier, où quoiqu'il n'y ait point de fraude, on seroit peut-estre obligé de donner une espece de legitime de grace à prendre sur pareils interêts; comme si un pere & une mere n'ayant alors que deux enfans, & 20000. livres de bien, marient leur fille à laquelle ils promettent 10000. livres ; que le gendre sans laisser prescrire son action de dot, soit 20. ans sans toucher les 10000. livres, & que cependant le pere & la mere ayant cinq ou six autres enfans, & n'augmentent point leur fortune: ensorte qu'ils meurent avec les mêmes 20000. livres qu'ils avoient lorsqu'ils ont marié leur fille : car en ce cas si on donne 10000. livres au gendre, qui luy sont dûs pour ses seuls interêts, & 5000. livres pour la moitié des 10000. livres qui luy ont esté promis, laissant les autres 5000. livres pour la legitime des autres enfans, il s'ensuivra que les sept autres enfans n'auront que 5000. livres, pendant que le gendre aura 15000. livres. Car on pourroit incliner en cette espece à quelque temperament sans consequence pour tout autre cas. C'est ainsi que nous dirons au chapitre 5. du Doüaire, sect. 2. n. 59. sur la fin, que si aprés la mort de la mere, les arrerages qui luy sont dûs de son doüaire préfix consomment tout le bien du pere, les creanciers de la succession de la femme, ne pourront empêcher que les enfans n'obtiennent quelque chose pour le fond de leur doüaire.]

27. Des donations de rapport, & si elles sont sujettes à la legitime.

Il y a dans nôtre Droit non seulement des rapports de donations; mais encore des donations de rapports. Elles se font, par exemple, lorsque le fils rapporte à la succession de son pere, ce qu'il a donné à son petit-fils : car en ce cas, le fils qui rapporte pour le petit-fils, est présumé l'avantager : ainsi c'est donation de rapport, laquelle est sujette à la legitime des autres petits-fils, qui pourront demander celle qui leur est dûë en la succession de leur pere sur cette donation causée par ce rapport.

28. Premier exemple des donations de rapport.

29. Second exemple.

Que si le fils ne veut pas venir à la succession de l'ayeul, pour éviter ce rapport, ou quoy qu'il en soit, qu'il se veüille tenir luy-même à sa legitime, il l'aura en ce cas, non pas sur la succession de l'ayeul, mais sur le petit-fils donataire, à qui seulement il se doit adresser, pour éviter le circuit des actions: Et cette donation supportera seule tout le faix de la legitime du fils, supposé qu'il n'ait point esté avantagé luy-même par l'ayeul, auquel cas, il seroit tenu d'imputer ce qui luy auroit esté donné.

30. Le pere qui rapporte ou qui s'abstient pour son fils, luy donne, & cette donation est sujette à la legitime.

Que s'il arrivoit dans cette derniere espece, que le petit-fils eût consommé la donation faite en deniers mobiliers, & qu'il fût devenu absolument insolvable : en ce cas, j'estime que le fils peut demander des alimens contre la succession de l'ayeul.

Que dans ce dernier cas d'abstention, le fils même prend sa legitime sur la donation du petit-fils.

Que si le petit-fils venoit à déceder en cet état d'insolvabilité, avant l'ayeul donateur, en ce cas, il semble que l'on pourroit soûtenir qu'aprés la mort de l'ayeul, le fils auroit droit de demander sur sa succession, non pas de simples alimens, comme dans l'espece précedente, mais une pleine legitime : parceque la reversion, sinon réelle & actuelle, au moins habituelle, qui auroit appartenu à l'ayeul des choses données, dispensant le fils du rapport, s'il estoit d'ailleurs desavantagé, il pourroit demander sa legitime sur la succession de l'ayeul, sinon se porter son heritier.

31. Quand si le petit-fils a consomé la donation.

32. Quand si le petit-fils ayant consomé meurt avant l'ayeul.

Il faut dire neanmoins le contraire : parceque ou la donation faite au petit-fils auroit esté en meubles & effets mobiliers, ou en immeubles, au premier cas elle n'est point sujette à reversion. Car les meubles n'y sont point sujets, comme il a esté établi dans le liv. 1. ch. de la succession des ascendans. Au second, l'alienation que fait le petit-fils, frustre le droit de reversion de l'ayeul, mais non la legitime du fils : ainsi le fils ne se vengera pas sur la succession de l'ayeul; mais bien sur les immeubles donnez au petit-fils, qui demeurent sujets à sa legitime, nonobstant toute prescription & tout decret.

Au contraire, si c'est le petit-fils, qui renonce à la succession de l'ayeul, pour ne pas rapporter ce qui a esté donné à son pere, qui est prédecedé, le petit-fils n'a pas de ce chef de legitime contre le fils ou ses creanciers: & la raison de difference est, que quand le fils renonce à la succession de l'ayeul, à cause des donations faites au petit-fils, & pour éviter de les rapporter, il a raison de se plaindre, que l'ayeul troublant l'ordre naturel, luy ait préferé le petit-fils; mais quand le petit-fils renonce à la succession de son ayeul, pour ne pas rapporter ce qui a esté donné à son pere, fils de l'ayeul, il ne peut pas se plaindre que son ayeul luy ait préferé son pere. Ainsi il ne recouvre pas la legitime qu'il auroit dû avoir sur les biens de son ayeul.

33. Quand si c'est le petit-fils, qui renonce à la succession de l'ayeul.

On a encore esté plus loin que tout ce qui vient d'estre dit; car l'on a jugé, qu'un ayeul ayant donné tous ses biens à son fils, à la charge d'en rendre la moitié à son fils aîné, petit-fils du donateur, en ce cas, les autres petits-fils pouvoient demander leur legitime en la succession de leur pere, non seulement sur les biens donnez purement & simplement à leur pere par leur ayeul ; mais cette moitié, que leur pere avoit esté obligé de rendre à leur frere aîné, comme donnée par l'ayeul, pour l'amour de son fils, & par consequent reputée donnée par le fils au petit-fils, & il y en a un Arrest du Parlement de Toulouse, rapporté par Monsieur de Cambolas, livre 2. chapitre 14. Mais je ne ferois pas d'avis, que cela se dût observer en païs coutumier, si ce n'est quand le fils de l'ayeul a rapporté ce que l'ayeul avoit donné au petit-fils, ou qu'il s'est abstenu, pour ne le pas rapporter. Autrement ce n'est point le pere qui donne, mais l'ayeul : ainsi la donation n'est point sujette à la legitime, qui est dûë dans la succession du pere. Cette legitime de grace ne se trouve autorisée d'aucun Arrest dans le païs coutumier. Et les préjugez de cette question qui sont dans Monsieur de Cambolas à l'endroit cité, dans Monsieur Maynard, liv. 3. ch. 21. & dans le Journ. du Palais, part. 6. ne viennent que des Parlemens de Droit écrit.

34. Arrest de Toulouse qui a jugé qu'un pere ayant donné à son fils, à la charge de rendre la moitié à l'aîné des petits-fils, les autres petits-fils avoient leur legitime en la succession du fils sur le total des biens donnez.

SECTION VIII.

De quelle maniere les donataires contribuent à la legitime.

SOMMAIRE.

1. *Que pour la legitime l'on épuise d'abord les biens extans.*
2. *Ensuite les dispositions, & premierement les testamentaires, & entre celles-cy premierement les institutions, ou legs universels.*
3. *Aprés les heritiers instituez ou legataires universels, l'on doit s'adresser aux legataires particuliers.*
4. *Ensuite aux donataires entre-vifs.*
5. *Si tous les donataires contribuent* pro modo emolumenti, *ou si le legitimaire doit s'adresser aux derniers.*

Raisons pour la contribution pro modo emolumenti.

6. *Que laplûpart des Loix reglent la querelle contre les donations sur le pié de celle contre les testamens.*
7. *Que la legitime se regle, eu égard au temps de la mort.*
8. *Raisons d'égalité entre enfans.*

Raisons pour commencer par les dernieres donations.

9. *Que les dispositions ne sont sujettes à la legitime qu'entant qu'elles la blessent.*
10. *Que les dispositions entre-vifs ont chacune leur datte, au lieu que les testamentaires en ont une seule.*
11. *Inconvenient dans l'opinion de la contribution.*
12. *Dispositions du Droit qui ont rapport à la question.*
13. *Autoritez des Docteurs, pour s'adresser aux dernieres donations.*
14. *Arrests de Provence.*
15. *Arrests de Toulouse.*
16. *Coutumes qui décident la question.*
17. Quid *si tous les donataires sont enfans, & que la question se présente en la Coutume de Paris.*
18. *Arrests de Faverolles.*
19. *Circonstances particulieres de l'Arrest de Faverolles.*
20. *Détermination pour s'adresser aux dernieres donations, même entre enfans & à Paris.*
21. *Exception.*
22. *Objection qu'une donation peut devenir inofficieuse* ex post facto.

Réponse.

23. *Réponses aux articles de la Coutume, qui reservent la legitime.*
24. *Arrest de le Bret.*
25. *Si les biens qui sont dans la succession* ab intestat *consistant en un manoir feodal, le puîné doit prendre sa legitime sur ce manoir, ou s'il faut donner atteinte aux dispositions.*

Raisons pour la prendre sur ce fief.

26. *Que c'est icy le cas de la legitime contre le droit d'aînesse.*

Raisons pour la prendre sur les donations.

27. *Que dans l'opinion précedente l'on frustre aisément le droit d'aînesse.*
28. *Que ce manoir n'entre pas même dans la masse.*
29. Quid *si en cette espece les donations avoient esté faites à des étrangers.*
30. Quid *si l'étranger est donataire du fief.*
31. *Cas auquel l'on donne atteinte aux donations entre-vifs avant les testamentaires.*
32. *Si on ne se doit adresser aux legs pies que subsidiairement.*
33. *Resolution que les legs pies souffrent ce retranchement de même que les autres legs.*

1. Que pour la legitime l'on épuise d'abord les biens extás.

Il est constant que quand il y a des biens dont le défunt n'a point disposé, & qui suffisent pour remplir la legitime, les donations entre-vifs & les testamentaires, ne peuvent recevoir aucune atteinte, quoiqu'elles servent également à faire la supputation de la legitime, & à composer cette masse, sur laquelle elle doit estre reglée. Que si ces biens ne sont pas suffisans, alors il faut donner atteinte aux dispositions: entre lesquelles l'on doit s'attaquer d'abord aux donations testamentaires; & entre celles-cy en premier lieu à l'institution d'heritier, ou au legs universel: parce qu'il n'appartient à l'heritier ou au legataire universel que le residu des biens, toutes dettes & toutes charges déduites: ce qui a son fondement dans la présomption de la volonté du défunt, qui ayant fait des legs particuliers, & une institution d'heritier, ou un legs universel, est reputé avoir voulu que les legataires particuliers fussent payez indistinctement de leurs legs, & que s'il laissoit des dettes & des charges, elles fussent acquittées par son heritier ou son legataire universel: parce qu'il n'y a point de biens dans l'institution, que ce qui reste aprés les dettes déduites; *bona non dicuntur nisi deducto aere alieno, L. subsignatum §. bona de verb. signif.* Ainsi tant qu'il y a des biens dans la succession testamentaire, le legitimaire ne se doit point adresser aux legataires particuliers: mais le legs universel estant épuisé, c'est aux legataires particuliers à fournir la legitime, & elle se prend sur chacun d'eux à proportion de l'émolument, quoique le testateur soit décedé avec plusieurs testamens ou codicilles de differentes dattes; parce que tout cela n'a effet qu'au temps de la mort. Aprés quoy, & lorsque les legs particuliers ne suffisent pas, les legitimaires ont droit de s'adresser aux donataires entre-vifs, qui ne sont obligez de fournir la legitime, qu'aprés que l'on a épuisé tous les biens délaissez par le défunt, même ceux dont il a disposé par testament: parce que si le contraire avoit lieu, ce seroit un moyen de revoquer des actes irrevocables de leur nature, & qu'enfin les donations ne peuvent recevoir atteinte, que par la querelle d'inofficiosité, laquelle présuppose qu'elles soient inofficieuses, & qu'elles blessent la legitime, ce qui ne se rencontre pas lorsque le défunt laisse assez de biens pour la remplir.

2. Ensuite les dispositions, & premierement les testamentaires, & entre celles-cy premierement les institutiôs, ou legs universels.

3. Aprés les heritiers instituez, ou legataires universels, l'on doit s'adresser aux legataires particuliers.

4. Ensuite aux donataires entre-vifs.

La principale difficulté est donc de sçavoir, comment, au cas que le défunt n'ait laissé aucuns biens, ou qu'il n'en ait pas laissé suffisamment pour la legitime, les donataires entre-vifs doivent contribuer, & s'ils doivent porter cette charge entr'eux à proportion de l'émolu-

5. Si tous les donataires contribuent *pro modo emolumenti*, ou si le legitimaire

doit s'adresser aux dernieres. ment, ou si les dernieres donations doivent estre épuisées avant que l'on donne atteinte aux premieres.

Raisons pour la contribution pro modo emolumenti.

Raisons pour la contribution pro modo emolumenti.

D'un côté il semble que la contribution soit reguliere; puisqu'elle a lieu entre des legataires, même par des codicilles de diverses dattes, ce qui est constant: Or la plûpart des Loix du titre du Code *de inofficiosis donat.* reglent la querelle d'inofficiosité contre les donations à l'*instar* de celle qui s'intente contre les testamens. La Loy 1. disant *Juxta formam de inofficioso testamento constitutam*, la Loy 2. *Ad similitudinem inofficiosi testamenti querelæ*, & ainsi des autres, ce que la Loy derniere dit plus précisément en ces termes: *Ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa, vel similis existimanda, vel idem & temporibus & moribus.*

6. Que la plûpart des Loix reglét la querelle contre les donations sur le pié de celle contre les testamens.

En second lieu, tous les legataires & donataires à cause de mort, contribuent également à le falcidie, suivant la Loy *In donat. 12. C. ad leg. falcidiam.*

7. Que la legitime se regle eu égard au temps de la mort.

En troisiéme lieu, la legitime se reglant, eu égard au temps de la mort, suivant la Loy *Cum quæritur 6. C. de inoff. testam.* comme elle se trouve également blessée en ce temps, par toutes les donations entre-vifs, il semble qu'il soit assez juste qu'elles souffrent également le retranchement qui se doit faire pour la rétablir; d'autant plus qu'estant de même nature, elles sont également disposées à souffrir ce retranchement, comme les legs & les fideicommis le sont, à souffrir le retranchement de la falcidie, & de la Trebellianique.

8. Raison d'égalité entre enfans.

Enfin, comme il arrive ordinairement que la legitime des enfans se poursuit contre d'autres enfans qui sont donataires, cette opinion est d'autant plus équitable qu'elle conserve, au moins, l'égalité entre ces enfans qui sont donataires.

☞ Aussi Maistre Charles du Molin en son Conseil 35. a esté de cet avis. Car voici ses termes: *Dico ergo quod ad augendum non solum debent in unum cumulari omnia, de quibus avia disposuit in suo testamento, cum his de quibus non disposuit, sed etiam cum his simul cumulari debent omnes dotes & donationes inter vivos per eandem aviam factæ filiæ vel filiabus suis vel nepotibus ex his, quibus nihil potuit donare inter vivos in præjudicum legitimæ unius ex liberis. Et non solum ultima donatio actu lædens legitimam dicitur inofficiosa: sed etiam per eam priores fiunt, vel deteguntur inofficiosæ, etiamsi sint diversis temporibus factæ.*

Ceux qui soutiennent ce parti ajoûtent, que la Loy *si liberis ff. de jure patronatus*, est pour eux, puisqu'elle declare les premieres donations revoquées de plein droit; que les art. 335. & 347. de la Coutume d'Anjou & du Maine, ne leur sont point contraires, puisqu'en ces Coutumes le rapport a toûjours lieu, & par consequent la question ne s'y sçauroit presenter; & ils se retranchent à toute extremité à dire, que s'il faut suivre l'ordre retrograde dans les donations d'immeubles à cause de la garantie, au moins cela ne doit pas avoir lieu dans les donations de meubles où il n'y a point d'hypoteques, & qu'elles se doivent toutes retrancher au sol la livre, par l'effet du privilege de la legitime.]

Raisons pour commencer par les dernieres donations.

Raisons pour commencer par les dernieres donations.

D'autre part, l'on peut dire, & c'est l'avis le plus regulier, que tout ce qui ne blesse point la legitime, n'estant point sujet à recevoir atteinte, par l'effet de la querelle d'inofficiosité, les premieres donations, qui n'entâment pas la legitime, ne doivent pas estre revoquées à l'occasion des dernieres, qui seules luy donnent quelque atteinte. On ne les peut diminuer de ce chef, qu'entant qu'elles sont excessives, & à proportion de l'excés; ce qui resulte des termes de la Loy *Si totas 5. C. de inoffic. donat.* qui dit, qu'il faut retrancher, *id quod ad submovendam inofficiosi querelam non ingratis liberis relinqui necesse est:* & comme l'on suppose, que lorsque les premieres ont esté faites, le pere conservoit à ses enfans, qui n'estoient pas pourvûs, leur legitime en son entier, il faut conclure qu'elles n'estoient pas inofficieuses, & qu'on n'y doit pas toucher. L'on peut ajoûter pour confirmer cette proposition, que la querelle d'inofficiosité n'a esté admise contre les donations, que quand elles ont esté faites pour éluder la même querelle, qui eût esté proposée contre le testament, selon la Loy *Titia §. Imperator de legat. 2.*

9. Que les dispositions ne sont sujettes à la legitime qu'entant qu'elles la blessent.

En second lieu, il y a une notable difference entre plusieurs donations entre-vifs, & plusieurs dispositions testamentaires; parce que celles-cy n'ayant leur effet, & leur datte même, que du temps de la mort, il est vray de dire, que dans la concurrence, les unes ne blessent pas plus la legitime que les autres; mais les donations entre-vifs ayant leur effet & leur perfection du jour qu'elles ont esté faites, selon les formes prescrites, elles ne doivent point dépendre les unes des autres, ni subir une même fortune. Il suffit pour faire subsister chacune d'elles en particulier, qu'elle ne blesse point la legitime, & qu'elle ne la frustre point par dessein ni par effet, comme dit la glose sur la Loy 1. *C. de inoff. donat.* & c'est ce qu'on peut répondre à l'objection qui a esté faite touchant l'exemple des legs & des donations à cause de mort: Cette distinction est suivie par Bartole sur la Loy 1. *C. de inoff. donat. n. 5.*

10. Que les dispositions entre-vifs ont chacune leur datte, au lieu que les testamentaires en ont une seule.

En troisiéme lieu, si une derniere donation qui est inofficieuse donnoit lieu à en faire diminuer une premiere, qui n'est point inofficieuse, ce seroit un moyen indirect, pour revoquer des donations entre-vifs, & même des constitutions de dot, qui sont extremement favorables; ce qui détruiroit leur essence, qui consiste dans la tradition de Droit, & dans l'irrevocabilité. Il en seroit de même des donations entre-vifs faites aux enfans, comme en Droit des donations entre conjoints, qui avoient besoin d'estre confirmées par la mort. *L. cum hic status ff. de donat. inter.* parce que tant que le donateur vivroit, il seroit toûjours en état de revoquer, ou de diminuer sa premiere donation, par le moyen d'une seconde qui blesseroit la legitime des autres enfans.

11. Inconvenient dans l'opinion de la contribution.

Enfin, il y en a une décision dans le Droit, qui appuye extremement cette derniere opinion au sujet de la legitime du patron, pour laquelle il estoit obligé de discuter, & d'épuiser les dernieres alienations que son affranchi avoit faites, avant que de s'adresser aux premiers acquereurs. *In posterioribus Faviana locus erit*, dit la Loy *Si libertus 16. §. ult. ff. de jure patronatus.* L'on peut encore appliquer la Loy *Si quis habens ff. qui & à quib. manum.* & la Loy *Si libertus in fine ff. de jure patronatus*; mais principalement la glose sur la

12. Dispositions du Droit qui ont rapport à la question.

la Loy *Titia Seio §. Imperator de legat. 2.* qui propose & resout cette question. *Item si diversis temporibus donavit, & tantum propter ultimam apparet inofficiositas, an etiam prima revocentur. Respondeo ultima tantum: quia prima statim valuerunt irrevocabiliter.*

C'est ainsi que des creanciers ayant touché induement, l'on s'adresse au dernier creancier qui a reçû, & l'on remonte de luy à ceux qui le précedent, jusques à ce que celuy qui fait infirmer l'ordre, soit entierement satisfait.

Nous avons un autre exemple dans nôtre Jurisprudence: car si un mari a disposé en fraude de la part de sa femme en sa communauté, l'action revocatoire de la femme retrograde contre les dernieres donations, jusqu'à ce qu'elle ait recouvré sa moitié en la communauté.

13. Autoritez des Docteurs pour s'adresser aux dernieres donations. A l'égard des Docteurs, nous avons donc l'autorité de Bartole à l'endroit qui vient d'estre cité. Nous avons Paul de Castres sur la Loy *Si ut allegatis C. de inoff. donat.* & plusieurs autres. Et entre nos Docteurs, nous avons Maître René Chopin, sur la Coutume de Paris, liv. 3. tit. 2. nomb. 2. Monsieur d'Argentré sur l'ancienne Coutume de Bretagne, tit. des donat. art. 218. gl. 5. & de Morgues sur le Statut de Provence, où aprés avoir rapporté les autoritez de part & d'autre, même des Arrests du Parlement de Provence, qui ont varié sur la question; il conclut pour nôtre parti, & justifie que c'est la derniere Jurisprudence de ce Parlement par deux Arrests; l'un du dernier Juin 1614. & l'autre du 7. Juin 1636.

14. Arrests de Provence. ☞ Boniface en sa continuat. tom. 2. liv. 8. tit. 16. chap. 1. présuppose aussi que c'est un usage constant dans ce Parlement.]

15. Arrests de Toulouse. Il y a encore des Arrests des autres Cours, qui établissent nôtre opinion, & entr'autres un du Parlement de Toulouse du 13. Septembre 1543. rapporté par Bouchel sur le mot *legitime*, fol. 555. col. 2. & un autre rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 3. chap. 30. en datte du dernier Janvier 1603. en la cause du sieur de Monbeton, & dans une espece plus difficile que celle-cy, puisque les premieres donations n'avoient esté insinuées que depuis les dernieres.

16. Coutumes qui décident la question. Il y a même des Coutumes qui décident ainsi la question, la Coutume d'Anjou, art. 335. & celle du Maine, art. 347.

17. *Quid* si tous les donataires sont enfans, & que la question se présente en la Coutume de Paris. Tellement qu'aprés ces raisons & ces autoritez, il n'y a plus lieu de douter sur cette question; sinon dans l'espece particuliere que les donataires soient tous enfans, & que les biens soient situez en la Coutume de Paris, qui ne parle presque jamais de donations en directe, qu'en ajoûtant ces mots, *sauf la legitime des autres enfans*, ou d'équipollens, & dans laquelle, outre l'équité, qui semble demander la contribution, il y a au Palais un fameux préjugé pour ce parti, qui est l'Arrest de Faverolles du 14. Mars 1675.

18. Arrest de Faverolles.

19. Circonstances particulieres de l'Arrest de Faverolles. Cependant outre que l'on dit que l'on jugea le contraire en la troisiéme des Enquestes, par Arrest du 7. Septembre de la même année, rapporté dans la derniere impression de Maisttre Jean Marie Ricard, part. 3. nomb. 1116. lequel pourtant ne s'est pû trouver dans les Registres, il est certain qu'il y eut quelques petites circonstances dans celuy de Faverolles: car le pere qui avoit moins donné à ceux de ses enfans qu'il avoit mariez les premiers; & plus à ceux qu'il avoit pourvûs les derniers, avoit fait des supplémens considerables aux premiers, en mariant les derniers, qui non-seulement marquoient le dessein enixe qu'il avoit, que tous ses enfans fussent égalez, mais porterent la Cour à ordonner la contribution, pour toutes les donations, parcequ'elle estoit aussi bien necessaire pour les supplémens qui estoient de mêmes dattes que les dernieres dots. Quoy qu'il en soit, laissant cet Arrest à part, la question doit estre décidée conformément aux principes qui viennent d'estre établis.

En effet, si nostre opinion est bonne en general, je ne vois point qu'il y ait dans l'espece particuliere, de raison de difference, qui soit décisive: car celle de l'égalité ne milite icy qu'imparfaitement, & puisque l'on n'égale pas les enfans donataires aux legitimaires, mais que souvent les legitimaires n'ont que la moitié de ce qui reste aux donataires, il semble que l'on se peut bien aussi passer d'égaler les donataires entr'eux, d'autant plus que la donation n'est pas un titre d'égalité, mais bien la succession, suivant l'art. 303. de la Coutume de Paris, qui ne prescrit l'égalité entre les enfans, que quand ils viennent à la succession. D'ailleurs, une donation en ligne directe estant souvent le fondement d'un mariage, & d'une alliance, il est fort injuste qu'on la puisse revoquer indirectement, pour le tout, ou pour partie, suivant la Loy *Titia 62. ff. de jure dotium*, principalement quand elle n'est point excessive, & qu'elle ne blesse point la legitime des autres enfans, ce qu'il feroit aisé de faire, si l'opinion contraire avoit lieu: car un pere ayant constitué à une fille aînée une dot proportionnée à ses biens, pourroit en faisant une donation excessive à un autre de ses enfans, faire souffrir à son premier gendre le retranchement de la legitime, à proportion de ce qu'il auroit de dot: ainsi plus de sureté dans les constitutions dotales, puisque les plus moderées pourroient recevoir atteinte, contre l'avis du Jurisconsulte, cité dans cette Loy, qui vient d'estre rapportée, qui disoit qu'il n'estoit presque jamais juste de priver un mari de la dot. *Modestinus respondit nihil posse proponi cur marito dos auferenda sit.* 20. Détermination pour s'adresser aux dernieres donations, même entre enfans, & à Paris.

Que si dans l'espece proposée le retranchement de la legitime se doit faire necessairement sur des donations faites aux enfans, il est bien plus juste que cela tombe sur celles qui sont inofficieuses, que sur celles qui ne le sont pas, puisqu'il n'y a aucune liaison entre les unes & les autres, que ce sont des contrats separez, qui ont reçû toute leur perfection à mesure qu'ils ont esté faits, & qui ne dépendent point du temps de la mort, & qu'enfin, les dernieres donations ne doivent pas avoir cet effet de rendre les premieres inofficieuses. Aussi dans l'espece de l'Arrest du Parlement de Toulouse, qui vient d'estre rapporté, c'estoient des enfans qui estoient les donataires, & on ne laissa pas de s'attacher à l'ordre de Droit.

☞ Enfin, on peut dire que, quoique les donations se retranchent en ce cas, par l'effet d'un privilege, elles doivent estre retranchées avec quelque ordre, parce qu'il est naturel que de premiers actes, qui saisissent de leur nature, & où la tradition & l'irrevocabilité sont si essentielles, prévalent à de seconds, indépendamment même de l'hypoteque & du recours de garantie, qui a lieu en cas de donations d'immeubles. Ce qui est préjugé par les articles de la Coutume d'Anjou & du Maine qui viennent d'estre citez.]

Que s'il se trouvoit que la premiere donation, faite à un des enfans, fût fort considerable, & que les autres ne blessassent la legitime, qu'à cause de la diminution des biens causée par cette premiere. En ce cas là-même, il se faudroit tenir aux regles, hors lesquelles il n'y a plus de justes 21. Exception.

bornes, & pourvû que la premiere donation, prise séparément, ne blessât pas la legitime, & qu'il y eût dans l'excedant des autres, de quoy la fournir, j'estime que toute la legitime devroit estre prise sur la seconde, parce que la premiere peut blesser l'égalité sans estre inofficieuse.

22. Objection qu'une donation peut devenir inofficieuse *ex post facto*. On objectera peut-estre qu'il n'est pas nouveau qu'une donation devienne inofficieuse *ex post facto*, par exemple, au cas que le bien du pere déperisse depuis la donation, qu'il dissipe ce qu'il luy reste, qu'il encoure une commise, ou une confiscation, & qu'ainsi une seconde donation peut rendre une premiere inofficieuse.

Réponse. La réponse est que ces causes sont casuelles & forcées, & qu'elles sont des titres onereux : au lieu qu'une seconde donation, est un acte volontaire, & pur gratuit, par lequel il ne doit pas estre permis au donateur de donner atteinte à une donation entre-vifs. D'ailleurs, si la confiscation pouvoit souffrir elle-même, comme une donation posterieure, le retranchement de la legitime, il ne se rejetteroit pas sur des donations anterieures.

23. Réponse aux articles de la Coutume qui reservent la legitime. Enfin, l'on objecte que par l'article 307. de la Coutume de Paris, il est permis aux enfans donataires de renoncer, la legitime reservée aux autres, ce qui est repeté en plusieurs autres articles; d'où l'on induit que toute donation faite aux enfans est reputée faite sous la reserve de la legitime, autant une premiere qu'une derniere, & que cette condition est inherente à ces donations, d'une maniere bien plus particuliere, qu'à celles qui sont faites à des étrangers.

La réponse est, que tout ce que l'on peut inferer de ce raisonnement, c'est que chaque donation faite aux enfans, contenant une reserve tacite pour la legitime de leurs freres, toutes celles qui blessent cette legitime, doivent estre réduites, en quelque rang qu'elles se trouvent, & soit qu'elles soient les premieres, ou les dernieres; d'où il suit qu'à mesure qu'une donation est parfaite sans blesser sa legitime, elle est à couvert de ce droit, parce qu'il est vray de dire que le cas de la reserve n'est point arrivé à l'égard de cette donation. En effet, il faut considerer cette reserve legale de la meme maniere, que si elle estoit expresse dans chaque contrat ce qui estant, il suffiroit que chaque donation ne blessât pas la legitime : car dessors qu'elle ne la blesseroit pas, l'on seroit reputé avoir satisfait à la condition. Que si au cas de la reserve expresse ou tacite de la legitime, une donation qui ne blesseroit point la legitime par elle-même, estoit reputée la blesser, par le moyen d'une seconde donation qui surviendroit depuis, il faudroit supposer que cette reserve seroit une condition potestative, dépendante de la volonté du pere donateur, qui pourroit toûjours revoquer ce qu'il auroit fait, & retrancher les dots de ses premiers gendres : Ensorte qu'il n'y auroit plus de veritables traditions dans les donations en ligne directe, ni dans les constitutions dotales. C'est pourquoy il est bien plus juste & plus regulier de dire que toutes les donations faites aux enfans, sont indépendantes les unes des autres, & qu'il suffit pour les rendre irrevocables, que les reserves expresses ou tacites, soient accomplies dans chacune, & que la legitime reservée ne s'y trouve pas blessée.

24. Arrest de le Bret. Enfin, la question s'estant presentée ces jours derniers entre Monsieur le Bret & Dame..... Vedeau sa femme, d'une part; & Monsieur Vedeau de Grammont Conseiller en la Cour, & ses freres d'autre, l'affaire fut d'abord mise en compromis, & portée devant des arbitres, ausquels on la fit ensuite renvoyer par Arrest de la Cour, & ils jugerent conformément aux principes cy-dessus, que Madame le Bret derniere donataire de Madame Vedeau, estoit obligée de fournir la legitime des freres, & que l'on ne se pouvoit adresser à Monsieur Vedeau, qu'aprés avoir épuisé la donation de la Dame le Bret, dont y ayant eu appel par Monsieur & Madame le Bret, parce que les Avocats, qui pouvoient rédiger leur avis en forme d'Arrest, l'avoient donné en forme de Sentence arbitrale, par Arrest du Vendredi de relevée 19. Mars 1688. rendu sur les conclusions de Monsieur l'Avocat General Talon, la Cour mit l'appel au néant. Il y avoit une petite circonstance, mais qui contribua peu à faire rendre cet Arrest, que Monsieur Vedeau souscrivant au contrat de mariage de Madame le Bret sa sœur, & prétendant que la donation que Madame Vedeau leur mere commune, faisoit par le contrat, estoit inofficieuse, avoit protesté en ces termes, qui se voyoient audessus de sa signature, *sans que le contenu au contrat cy-dessus puisse me nuire ni préjudicier.*

☞ Depuis cette question ayant esté agitée dans le Palais, même dans des Assemblées des députez des Chambres, & y estant restée indécise, elle a enfin esté décidée pas Arrest de la Quatriéme des Enquestes, du 5. Février 1695. rendu au rapport de Monsieur Tiquette, au procés d'entre les sieurs du May & Porton, conformément à l'Arrest précedent, rendu en l'affaire de Monsieur le Bret, & cela avec tant d'avantage pour le parti que nous venons d'établir, que de dix-neuf voix il y en a eu treize pour ce parti, & six seulement pour le contraire.

Que dira-t-on au cas que de deux freres donataires, le dernier soit insolvable, le legitimaire aura-t-il en ce cas sa legitime entiere contre le premier donataire qui se trouve seul en état de la fournir. Supposons, par exemple, que le pere qui a trois fils, en ait marié deux, ausquels il ait donné à chacun 6000. livres, & que ses affaires ayant décliné, il n'ait laissé de biens que pour payer les dettes contractées depuis ces donations, que le troisiéme fils réduit à sa legitime, s'adresse à celuy de ses freres qui a esté marié le dernier, & luy demande 2000. livres pour sa legitime, mais qu'il le trouve obsolument insolvable, on demande s'il pourra prétendre les 2000. livres de legitime, qui semblent luy appartenir regulierement, contre ce frere qui a esté marié le premier. 25. Quid si le dernier donataire est insolvable.

On peut former divers avis sur cette question: Le premier de dire, que l'ordre de la legitime donne au legitimaire action contre celuy de ses freres qui a esté marié le dernier, & que si ce frere est insolvable, cette insolvabilité ne doit point rejaillir sur le premier donataire, qu'en un mot, le legitimaire n'a en ce cas qu'un droit de legitime, & n'a point de legitime actuelle, comme un homme qui fait casser une Sentence d'ordre, & trouve aprés dans l'execution que celuy qui a touché à son préjudice, & sa caution, sont insolvables, auquel cas il ne luy est pas permis de se venger contre les creanciers anterieurs.

Le second est, que le legitimaire trouvant le dernier donataire insolvable, remonte au premier pour executer contre luy sa legitime en son entier, & que l'ordre établi cy-dessus, pour la perception de la legitime, préjuge ce recours, d'autant plus que quand la Coutume donne une legitime, qui tient lieu d'alimens au legitimaire

elle entend la donner avec effet.

Le troisiéme est de dire, qu'il faut oster de la masse, la donation du frere insolvable : dautant qu'elle est perduë & ne peut jamais rien produire au legitimaire, parceque c'est une maxime qu'on ne doit point faire entrer dans la masse, sur laquelle on regle la legitime; les donations sur lesquelles le legitimaire ne se peut jamais venger, & sur lesquelles il ne peut intenter utilement son action revocatoire, comme les dots de Religion & les droits d'aînesse donnez à l'aîné, qu'il n'est jamais obligé de rapporter pour la legitime des puisnez, & dans cet avis on ajoûte que l'on ne comptera point aussi la personne de l'insolvable dans la supputation de ceux qui font nombre, afin que si sa donation n'augmente pas la masse des biens, sur laquelle on fixe la legitime; aussi la personne ne diminuë pas la legitime, en augmentant le nombre de ceux qui doivent faire part.

Le quatriéme est, qu'il ne faut point sortir des regles pour cette espece: & qu'on doit compter le dernier donataire, quoiqu'insolvable, parce qu'il est necessaire de compter les enfans qui viennent à la succession *ab intestat*, ou qui sont donataires, qu'il faut aussi compter sa donation, parce qu'elle est une fois émanée du pere, sous une reserve tacite de la legitime aux autres enfans: qu'ainsi elle doit entrer dans la masse pour augmenter la legitime; mais que pour soulager l'aîné en ce rencontre, il faut considerer le donataire ou le legitimaire comme des coheritiers, & la legitime comme une charge de la succession, & comme le legitimaire contribuë aux dettes & aux charges en qualité d'un demi heritier, il doit ici porter un quart de ce que le dernier donataire qui se trouve insolvable, auroit esté obligé de luy payer pour sa legitime: & se contenter de repeter les trois autres quarts contre le premier donataire. Or ces opinions, à l'exception des deux dernieres, ont des effets differens: car dans la premiere le legitimaire n'aura rien, à moins que dans la suite le dernier donataire ne rentre en fortune & ne devienne plus solvable. Dans la seconde, le legitimaire aura 2000. livres pour sa legitime, des mains du premier donataire, à qui par consequent il restera encore 4000. livres. Dans la troisiéme, le legitimaire aura 1500. livres; il en sera de même dans la quatriéme.

Raisons pour la premiere opinion.

La premiere opinion, qui va à faire perdre en ce cas la legitime au legitimaire, quoique rigoureuse, ne laisse pas d'estre appuyée de beaucoup de raison : car on charge les derniers donataires de fournir la legitime, par la raison qu'en supposant que la legitime n'estoit point blessée par les premieres donations, il faut de necessité que tout le mal vienne des dernieres, & qu'il est toûjours sûr par cette raison de s'adresser aux dernieres, comme à celles qui sont faites au préjudice d'un legitimaire: & c'est la même raison par laquelle en executant les Arrests qui infirment des Sentences d'ordre, on retrograde & on s'adresse aux deniers creanciers : or cela suppose que dés qu'il y a un second donataire, le premier est à couvert jusqu'à concurrence de ce que le legitimaire peut, ou doit exiger de ce second donataire, à l'exemple d'un creancier premier colloqué dans un ordre, auquel on ne se peut adresser, que parce qu'on ne peut, ou on ne doit, exiger du creancier colloqué aprés luy : Que si en l'un ou l'autre cas, le dernier donataire ou le dernier creancier & ses cautions se trouvent insolvables, cela ne réflechit pas sur le premier donataire ni sur le premier creancier; si ce n'est que dans la derniere donation, ou dans la derniere collocation, il n'y eût pas de quoy satisfaire celuy qui exerce l'action revocatoire pour sa legitime ou pour son dû; le premier donataire ou creancier n'estant tenu que du surplus. C'est pourquoy si le dernier donataire est insolvable, il est vray de dire que le legitimaire a un debiteur insolvable pour sa legitime, & qu'il ne doit point avoir de recours pour son insolvabilité, par la même raison pour laquelle on s'est attaché par les derniers Arrests à cet ordre retrograde, qui est qu'un donataire entre-vifs ne doit point perdre par le fait d'autruy le fruit de sa donation, quand elle est innocente en elle-même, & qu'elle ne blesse point la legitime : Que si cela peut arriver neanmoins par le fait du donateur, qui alienant ses biens, peut donner atteinte indirectement à la donation qu'il a faite, qui deviendra par là sujette à la legitime; au moins cela ne doit jamais arriver par le fait d'un dernier donataire, qui en consommant son bien ne doit pas donner lieu au legitimaire d'évincer un précedent donataire : la raison de difference estant que les dettes d'un donateur, & non celles du donataire, peuvent changer l'état de sa famille & de ses enfans, les reduire à leur legitime, & leur donner lieu d'évincer les donataires.

Aussi dans les opinions contraires, on est obligé de faire faire une espece de contribution, pour faire porter l'insolvabilité du dernier donataire, tant au premier donataire, qu'au legitimaire même : Or cette contribution approche de bien prés de celle que l'Arrest de le Buet a condamnée, & tend à rétablir la Jurisprudence de l'Arrest de Faverolle, mais elle semble injuste : car si on ne compte que les biens existans pour la legitime, & non ceux qui ont esté dissipez; cela est bon à l'égard des biens du pere donateur, non à l'égard des biens compris dans les donations: car on compte toûjours ceux-cy, & on les fait toûjours également entrer en masse, soit que le donataire les ait conservez, soit qu'il les ait dissipez, puisqu'ils sont une fois émanez du pere à titre lucratif? & comme ils entrent en masse, aussi ils entrent dans l'exaction de la legitime, quoique ce soit sans effet, quand non-seulement ils sont dissipez, mais que le donataire se trouve entierement insolvable : ainsi les premiers donataires n'en sont pas moins à couvert, & exempts à proportion de toute contribution, le fait & la dissipation du second donataire ne pouvant pas nuire au premier, dont le titre l'a une fois saisi, & est irrevocable, autrement il seroit vray de dire qu'un premier donataire ne seroit saisi que conditionnellement, & supposé que le second & les autres donataires posterieurs conservassent leurs donations, ou se trouvassent solvables d'ailleurs, pour satisfaire à la legitime, ce qui est contre les principes & contre l'équité.

Raisons pour la seconde opinion.

La seconde opinion est directement opposée à la premiere, elle va à dire que le legitimaire s'adresse en retrogradant à tous les donataires, jusques à ce qu'il soit entierement payé de sa legitime : qu'ainsi dans l'espece le dernier donataire estant insolvable, le premier doit payer la legitime en son entier: la raison de cette opinion est évidente; car la legitime tenant lieu d'a-

limens, il n'est pas juste qu'elle soit sans effet, tant qu'il y a des donataires qui sont en état de la fournir : elle se peut aussi appuyer sur plusieurs exemples : car c'est ainsi que nous allons dire, que dans l'ordre de l'exaction de la legitime, on passe par dessus des biens extans lors du decés, quand ils ne sont point sujets à la legitime, comme un fief consistant en un principal manoir, pour donner directement atteinte aux dispositions ; ce qui arrive encore quand les biens extans lors du decés sont confisquez sur le pere : C'est ainsi que nous dirons au Chapitre suivant, que l'on n'impute point sur la legitime du fils ce qui a esté donné à ses enfans, petits-fils de celuy *de cujus bonis :* la Loy voulant toûjours rendre la legitime effective, soit qu'il s'agisse de l'imputation, ou de l'ordre de l'exaction.

On ne voit pas même que cette opinion produise en l'espece aucun effet qui puisse passer pour extraordinaire: car le pere ayant dissipé son bien, & ne laissant que les 12000. livres qu'il a données aux deux fils qu'il a pourvûs, le legitimaire ne pouvant faire entrer que cette somme de 12000. livres dans la masse sur laquelle on doit composer sa legitime, il ne peut appartenir que 2000. livres au legitimaire : Or quel inconvenient y a-t-il que le premier donataire ayant 6000. livres, paye deux mille livres à son frere pour sa legitime.

Enfin, la même chose n'arrive-t-elle pas contre un dernier donataire, quand il est solvable pour la legitime : & si dans l'espece le dernier frere qui a esté pourvû estoit solvable, ne payeroit-il pas ces deux mille livres pour la legitime de celuy qui n'a pas esté pourvû, & cela sans aucun recours contre le premier pourvû & sans le pouvoir obliger à aucune contribution: & comme il est sans doute que cela seroit arrivé ainsi, supposé que ce dernier donataire eût esté solvable, quel inconvenient y a-t-il que celuy-cy estant tout-à-fait insolvable, le premier donataire qui est solvable paye la legitime toute entiere, sans que le legitimaire soit obligé de rien diminuer par l'insolvabilité du dernier donataire ?

Et pour répondre à l'exemple d'un ordre infirmé par Arrest, il est vray que quand le creancier qui a touché le dernier, & ses cautions se trouvent insolvables, le creancier qui a fait infirmer la Sentence d'ordre, ne peut pas s'adresser aux précedens creanciers utilement colloquez ; & c'est non seulement à cause que le seul dernier creancier avoit touché ses deniers à son préjudice, mais principalement parce que les collocations sont de rigueur ; au lieu qu'il n'y a rien au monde de plus favorable que la legitime.

Raisons pour la troisiéme opinion.

La troisiéme opinion qui consiste à dire, que le dernier donataire estant insolvable, on ne fera point entrer sa donation dans la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime, & qu'en recompense sa donation qui est perduë & éclipsée par son insolvabilité n'augmentant point la legitime, sa personne ne la diminuëra point non plus, parce qu'il ne fera pas nombre entre les enfans, ne laisse pas d'avoir aussi ses raisons, & 1. ces deux propositions se suivent necessairement: car quand une donation n'entre point dans la masse sur laquelle on fixe la legitime, il n'est pas juste que le donataire fasse nombre, & que sa donation n'augmentant pas sa legitime, sa personne la diminuë. 2. Il est assez à propos de dire qu'une donation, dont il ne peut jamais rien revenir pour la legitime, ne doit point entrer dans la masse des biens sur laquelle on regle la legitime, au préjudice de celuy qui la fournit, qui s'en trouveroit d'autant plus chargé. Et comme quand il s'agit de regler ceux qui font part dans la legitime, on juge que ceux qui ne doivent jamais rien avoir, comme les exheredez, ne font point part : *Quorsum enim partem facient nihil habituri*, dit la Loy *Si post mortem 10. §. liberi 4. ff. de bon. possess. contra tab.* Aussi il semble que quand il s'agit de composer la masse, sur laquelle on doit fixer la legitime, on n'y doit point faire entrer les biens consommez, & qui ne sçauroient jamais profiter au legitimaire.

Les exemples qui ont déja esté rapportez semblent établir parfaitement cette proposition: car les biens donnez pour dot de Religion n'entrent point dans la masse sur laquelle on fixe la legitime, parceque *nullo casu*, ils ne peuvent estre sujets à la legitime, ni retranchez en faveur du legitimaire. De même, nous allons dire incontinent, que si un aîné donataire d'un fief est obligé de fournir la legitime à ses puisnez, son préciput n'entre point dans la masse des biens, parce qu'il est exempt de la legitime.

Enfin, les défauts qui semblent se trouver aux deux premieres opinions, semblent autoriser beaucoup celle-cy : car il y a une rigueur, pour ne pas dire une dureté inoüie, de refuser, selon la premiere opinion, sa legitime à un fils qui n'est point exheredé, cependant qu'il reste en nature des biens donnez, sous pretexte que ceux qui composoient une derniere donation ont esté consommez par le donataire ; aussi il semble injuste que selon la seconde opinion, un premier donataire, dont la donation ne blessoit point la legitime de ses freres, soit obligé à fournir la legitime, que le dernier donataire qui a consommé ses biens & qui seul devoit sa legitime, auroit esté obligé de fournir, & que cette derniere donation ainsi consommée entre dans la masse des biens, & augmente ainsi la legitime : Car le premier donataire payant ce que doit le second, il ne doit pas souffrir de la donation faite au second, laquelle ne doit pas augmenter la legitime, puisqu'elle est perduë sans ressource, & ne peut rien produire ni pour le legitimaire, ni pour celuy qui fournit la legitime. D'autant moins que cette seconde donation qui a esté dissipée, peut avoir esté excessive, & qu'elle augmenteroit beaucoup plus la legitime en entrant dans la masse des biens sur laquelle on la doit fixer, que ce dernier donataire ne la diminueroit en faisant nombre.

Raisons pour la quatriéme opinion.

La quatriéme opinion semble estre un temperamment encore plus juste : elle veut que le legitimaire porte sa part de l'insolvabilité du dernier donataire, comme feroit un demi heritier, s'il s'agissoit entre coheritiers du regalement d'une dette passive: & qu'ainsi dans l'espece dont il s'agit, le legitimaire ne puisse exiger que 1500. livres, au lieu de 2000. livres.

Cette opinion, comme il a esté dit, conserve toutes les regles, elle fait entrer dans la masse des biens, sur laquelle on compose la legitime, la donation faite au dernier donataire, & cela est juste ; elle fait faire nombre à ce dernier donataire, ce qui est encore des regles, puisque c'est un fils qui n'est pas desherité, mais qui emporte une donation considerable : Enfin elle conside-

re la legitime comme une dette passive; le premier donataire comme un heritier, & le legitimaire comme un demi-heritier, & sur ce fondement elle fait porter dans l'espece au legitimaire, un quart de ce que le donataire insolvable auroit dû luy payer, parcequ'on suppose trois enfans, & que cette insolvabilité se supporte par deux, qui sont le premier donataire, & le legitimaire: & cela n'est point éloigné des regles: puisqu'un fils donataire est une espece d'heritier, tant parceque sa donation luy est toûjours faite en avancement d'hoirie, & qu'il ne renonceroit pas s'il ne la trouvoit encore plus avantageuse que sa part afferante en la succession, qu'à cause qu'il fournit icy la legitime, qui est la derniere des dettes de la succession. Et de fait s'il y avoit une dette passive de la succession qui fût anterieure aux donations, il faudroit bien faire cette contribution entre le premier donataire & le legitimaire.

Cette quatriéme opinion paroist infiniment plus juste que la troisiéme, parceque si selon la troisiéme on oste de la masse la donation de l'insolvable, en ne luy faisant point faire nombre à luy-même, la legitime souffrira quelquefois une diminution trop considerable; supposé, par exemple, qu'en l'espece dont il s'agit, le second donataire ait eu 10000. livres, & le premier 6000. livres: car en ce cas, si on suit l'operation qu'on propose dans cette opinion, la legitime ne sera que de 1500. livres, au lieu que regulierement, & sans l'insolvabilité de ce dernier donataire, elle seroit de 2617. livres 3. sols 4. deniers, & que suivant cette quatriéme opinion, la legitime sera de 1962. livres 17. sols 6. deniers: & il en seroit de même à proportion en une autre espece, où le dernier donataire auroit eu une somme plus considerable: or il semble que de deux opinions où on suppose les regles à peu prés conservées, il est juste de suivre celle qui est la plus favorable à la legitime: d'autant plus que de quelque maniere qu'on augmente la legitime, on ne peut jamais entâmer celle de celuy qui en qualité de donataire, est obligé de fournir la legitime des autres, parce qu'il a toûjours droit de retenir la sienne.

Resolution pour la seconde opinion.

Tout bien consideré, j'estime qu'il faut préferer la seconde opinion, qui va à donner au legitimaire la legitime toute entiere contre le premier donataire, telle qu'il l'auroit euë contre le second, s'il s'estoit trouvé solvable, parce qu'il n'est pas juste que sa legitime soit alterée par le fait d'un donataire, tandis qu'il en reste un autre, auquel il se peut adresser suivant l'ordre prescrit pour la perception de la legitime: d'autant plus que nous n'avons rien parmi nous de plus favorable que la legitime: en quoy cette espece differe de celle où un ordre estant cassé, le dernier creancier qui a touché se trouve insolvable aussi bien que ses cautions: l'exaction de la legitime estant favorable, & non de rigueur; & dans le doute, la meilleure raison estant celle qui est favorable à la legitime. Aussi la premiere opinion qui va à refuser cette legitime, par la raison que le dernier donataire est insolvable, n'est pas juste: car il ne se peut jamais faire que cependant qu'il y a des biens du pere qui ont passez à titre gratuit dans les mains de quelqu'un, & principalement d'un des enfans que la nature a égalez, il y ait un autre enfant, qui sans estre desherité, soit privé de toute legitime.

La troisiéme, qui tend à ne point faire entrer la donation du dernier donataire qui est insolvable, dans la masse des biens, & ne point faire faire nombre à ce dernier donataire entre les enfans, est tres irreguliere, non seulement parce que c'est une regle, que tous les biens donnez entrent en cette masse, & qu'il n'y a point de donation qui ne soit sous la reserve de la legitime des enfans, & qui ne soit censée faite au préjudice de ceux qui n'ont pas leur legitime, quand ils l'exigent selon l'ordre prescrit par le Droit, mais encore parce qu'il n'y a aucune raison de ne point faire part à un enfant qui emporte une donation considerable. En effet, qu'elle est la raison pour laquelle un bien entre dans la masse, & pour laquelle un fils fait nombre dans la supputation de la legitime? c'est qu'un pere ne devoit pas répandre ses liberalitez ni sur des étrangers, ni sur quelques-uns des enfans, sans songer aux autres, à qui il n'a pas laissé leur legitime, mais qu'il est juste d'ailleurs que des enfans qui prennent part diminuent la legitime en faisant part eux-mêmes: Or cette raison a lieu, soit que la derniere donation qui doit fournir la legitime, ait esté conservée, soit qu'elle ait esté consommée, & soit que le dernier donataire soit solvable, soit qu'il soit insolvable: car il est toûjours vray de dire, que le pere a eu tort de s'épancher ainsi en des liberalitez superfluës, cependant qu'il ne laissoit pas de legitime à quelques-uns de ses enfans, & qu'en faisant faire nombre à tous les enfans donataires, l'on peut avec justice compter dans la masse des biens, les donations perduës & dissipées.

Pour ce qui est de la quatriéme opinion, elle demande des fictions si extraordinaires, que c'est à juste titre qu'on la rejette: car quelle apparence de considerer un donataire qui renonce, comme un heritier, & de faire contribuer un donataire & un legitimaire à supporter l'insolvabilité d'un autre donataire, au lieu que la legitime ne se poursuit point icy contre les heritiers, mais contre un donataire par la voye du retranchement & de l'action revocatoire, comme un droit d'aînesse, qui se revendique contre un puisné donataire des fiefs.

Les défauts qui se trouvent dans chacune de ces trois opinions, servent donc encore à faire valoir celle que nous soûtenons, à laquelle il faut ajoûter, afin de conserver en son entier l'ordre établi par la Cour pour l'exaction de la legitime, que le premier donataire estant ainsi obligé de payer la legitime, sera subrogé aux droits du legitimaire, pour repeter la legitime qu'il a esté contraint de fournir contre cet ordre de l'exaction de la legitime, sur les biens qui pourront survenir au dernier donataire: & que même le legitimaire ne pourra s'adresser à luy, qu'aprés avoir discuté le dernier donataire, *usque ad saccum & peram.*]

La troisiéme difficulté est, au sujet de ce que nous avons dit, que tant qu'il y a des biens dans la succession *ab intestat*, le legitimaire ne peut pas s'adresser aux donataires. Sur quoy l'on peut demander, si les biens qui restent dans la succession, & dont le défunt n'a point disposé, appartenant à l'aîné par la disposition de la Coutume, les puisnez peuvent demander leur legitime sur ces mêmes biens. Il faut supposer, par exemple, qu'un pere ayant quatre enfans, trois filles & un fils, ait marié les deux filles aînées, & qu'il laisse lors de son decés un seul fief, consistant en un principal manoir, lequel appartient au fils par la disposition de la Coutume; ensorte que

16. Si les biens qui sont dans la succession *ab intestat*, consistant en un manoir feodal, le puisné doit prendre sa legitime sur ce manoir, ou s'il faut donner atteinte aux dispositiōs.

question est de sçavoir, si aprés que l'on aura fait une masse des biens pour trouver la legitime de la derniere fille, elle se doit prendre sur le fief qui reste dans la succession *ab intestat*, ou sur les donations faites aux sœurs aînées, qui ont pour elles la maxime qui vient d'estre dite, comme l'aîné, de sa part, est fondé dans la Coutume.

Raisons pour la prendre sur le fief.

17. Que c'est icy le cas de la legitime contre le droit d'aînesse.

Il semble d'abord que la legitime ait lieu en ce cas sur le fief qui se trouve en la succession, & que ce sera un legitime contre le droit d'aînesse, telle qu'elle est établie par l'article 17. de la Coutume de Paris, laquelle nous avons montré au Chapitre de la succession des fiefs, section 1. consister dans un partage feodal du principal manoir, dans lequel l'aîné a sa plus grande portion, & le legitimaire le surplus. Et l'on peut appuyer cette opinion sur nôtre principe, que les biens délaissez *ab intestat*, tels qu'ils soient, sont toûjours sujets les premiers à fournir la legitime, & que tant qu'il y a pour un sol de biens dans la succession *ab intestat*, l'on ne doit point toucher aux donations.

Raisons pour la prendre sur les donations.

Raisons pour la prendre sur les donations.

18. Que dans l'opinion précedente l'on frustre aisément le droit d'aînesse.

Mais en observant cette regle dans ce cas particulier, il faut prendre garde que l'on n'autorise pas une fraude contre le droit d'aînesse, dont il est certain que l'on ne peut frustrer l'aîné, ni directement, ni indirectement, & principalement par des dispositions au profit des autres enfans. Ce qui est déja une raison importante pour l'opinion contraire. D'ailleurs, tant qu'il y a d'autres biens, l'aîné doit avoir son préciput en son entier : Or quoiqu'il n'y ait pas icy d'autres biens dans la succession, il y en a par l'effet du rapport pour la legitime. C'est à dire, qu'il y a des biens sujets au retranchement de la legitime, ce qui suffit à l'aîné pour conserver son préciput en son entier, suivant l'Arrest rendu au profit de Descordelles Huissier, pour le fief du Crucifix saint Jacques, qui est dans le Vest, chapitre 115. & celuy du 31. Juillet 1608. donné au profit de Michel de Sequenelle, & rapporté par Tronçon & par Brodeau, sur l'article 17. de la Coutume de Paris. Enfin, bien loin que dans l'espece il y ait sujet d'assujettir ce principal manoir au retranchement de la legitime, au contraire il ne doit pas même entrer dans la masse des biens, sur laquelle on fixe la legitime, & de laquelle au moins l'on doit distraire tout ce qui compose ce préciput, suivant ce qui a esté expliqué dans la section 5. nombre 8. Ainsi l'on peut dire en nôtre espece, que le fief n'est point dans la succession par rapport à la fille legitimaire, parce qu'elle n'y peut jamais rien prétendre, & qu'il appartient à l'aîné par préciput, & qu'au contraire les biens donnez sont de la succession par le rapport qui s'en fait pour la legitime.

19. Que ce manoir n'entre pas même dans la masse.

Il faut pourtant avoüer que la raison la plus solide est, que si l'on n'obligeoit, en cette espece, les deux filles donataires, de fournir la legitime de leurs sœurs; il s'ensuivroit que leurs donations préjudicieroient indirectement au droit d'aînesse de leur frere, en ce que la legitimaire ne trouvant que ce fief dans la succession, déja épuisée par leurs mariages, se vengeroit sur ce fief, consistant en un seul principal manoir, ce qui opereroit une espece de translation de droit d'aînesse. D'où je demande, si la même décision doit avoir lieu au cas que les donations ayent esté faites à des étrangers, comme si le pere a donné avant son mariage, à un sien frere, pour l'établir avec clause expresse de dérogation à la Loy *Si unquam C. de revoc.* & qu'il laisse deux enfans, un fils & une fille, & pour tous biens un fief, consistant en un manoir? Et j'estime qu'en ce cas, ne s'agissant plus de translation indirecte du droit d'aînesse, l'on commencera par faire une masse pour la legitime de la fille: car je suppose que le fils qui sent son avantage, accepte la succession *ab intestat*, & dans cette masse l'on y peut faire entrer les donations faites à l'oncle, & même dans cette espece particuliere le fief, comme seul bien extant, sujet par consequent à la legitime que l'on donne contre le droit d'aînesse, par l'article 17. de la Coutume de Paris, qu'il faut ensuite regler la legitime de la fille au quart du total, & pour luy fournir ce quart, qu'il faut d'abord donner à la fille ce que l'article 17. de la Coutume entend luy donner, c'est à dire, suivant cette opinion, qu'il faut faire un partage feodal du principal manoir, en le considerant simplement comme fief, & non point comme principal manoir, & luy donner le surplus de sa legitime contre l'oncle donataire.

30. *Quid* si en cette espece les donations avoient esté faites à des étrangers.

Que si l'on suppose dans cette espece que le frere soit donataire du fief, avec la même clause de dérogation à la Loy *si unquam*, on peut demander si l'aîné des deux enfans aura un préciput sur ce fief, outre sa legitime naturelle? Et il faut répondre, que le fief donné entrera dans la masse sur laquelle on reglera la legitime, mais qu'ensuite la legitime des deux enfans sera égale, & se prendra premierement, sur les biens extans, secondement, sur le fief donné à l'oncle, si les biens extans ne suffisent pas, mais le tout sans aucun préciput pour le fils, parce que le fief n'est point de la succession, & est seulement sujet en son ordre au retranchement de la legitime: dautant qu'il ne s'agit point icy d'aucune translation de droit d'aînesse, qui rende la disposition nulle, & ramene les choses données au nombre des biens délaissez *ab intestat*, mais d'une donation innocente, & sans aucune fraude ni prédilection injuste. Et quoique ce qui a esté donné soit sujet au retranchement de la legitime en son rang & ordre; il ne s'ensuit pas que cela soit reputé de la succession *ab intestat*. Enfin, quand on dit qu'un aîné qui poursuit sa legitime contre un donataire étranger, la doit avoir avec préciput, c'est à dire, contre un étranger donataire ou legataire universel; mais si un pere donne un fief à un étranger par une donation entre-vifs, & n'en laisse point d'autre dans la succession, son fils aîné n'aura aucun droit d'aînesse, ni comme simple legitimaire, ni comme heritier. Du Molin sur la Coutume de Paris, §. 8. glose 3. nomb. 14. & suivans.

31. *Quid* si l'étranger est donataire du fief.

☞ Que s'il n'y a qu'un fief dans une succession, & des dettes suffisantes pour l'absorber, & qu'il y ait d'un côté des filles donataires qui renoncent, de l'autre un aîné, cet aîné prendra sa legitime d'aîné sur les donations des filles, parce que ces donations, de quelque maniere, & en quelque temps qu'elles soient faites, préjudicient toûjours à sa legitime d'aîné, & à son droit d'aînesse, & ainsi sont nulles à proportion: d'ailleurs les biens sujets à estre rapportez à l'effet de la legitime sont censez extans.]

En troisiéme lieu, dans l'execution de la legitime, on ne s'adresse pas toûjours aux legatai- 32. Cas auquel l'on

donne atteinte aux donations entre-vifs avant les testamentaires.

res, avant que d'en venir aux donataires entre-vifs : car comme il y a une autre espece de legitime qui s'appelle *coutumiere*, & dans laquelle les heritiers revendiquent ce que le défunt a donné même entre-vifs, audelà de ce qui luy estoit permis par la Coutume, & que ce qu'on fait revenir par cette voye, est reputé des biens *ab intestat* du défunt, le legitimaire est obligé d'exercer préalablement cette legitime coutumiere, de même qu'il est obligé de prendre les autres biens délaissez *ab intestat*. Et ce qui luy en revient, est imputé sur sa legitime de droit : ensorte qu'il peut arriver dans les Coutumes qui donnent ainsi des bornes aux donations entre-vifs, que les donataires entre-vifs souffrent la réduction pour cette legitime coutumiere, avant que les legataires subissent le retranchement de leurs legs, pour la legitime de droit. Ce que veut dire l'article 219. de la Coutume de Senlis en ces termes, *si à ce l'heritage propre ne peut fournir*.

☞ Ainsi quand il s'agit de composer la masse sur laquelle on fait la legitime, toutes les donations y entrent pour le tout, mais ne souffrent pas encore alors de retranchement, mais quand il est question de faire l'exaction de la legitime, alors on attaque seulement les donations qui blessent les reserves coutumieres, & le retranchement qui s'en fait est mis au nombre des biens extans, que le legitimaire épuise d'abord & avant de s'adresser aux legs, aprés quoy il retranche de rechef les donations tant celles qui ont souffert déja le retranchement des reserves coutumieres, que les autres; le tout en retrogradant & selon l'ordre de droit. Ainsi les donations peuvent venir trois fois sur les rangs. La premiere, pour composer la masse sur laquelle on fixe la legitime; la seconde, pour le retranchement des reserves coutumieres; la troisiéme, pour l'exaction de la legitime que l'on appelle de droit.]

33. Si on ne se doit adresser aux legs pies que subsidiairement.

L'on peut former une quatriéme question principale qui regarde l'ordre de la perception de la legitime, & que nous avons déja touchée, de sçavoir, si supposé que les legs pies soient sujets à la perception de la legitime, comme il est indubitable qu'ils y sont sujets, c'est diréctement, comme les autres legs; ou subsidiairement, & aprés que les autres legs, qui ne sont pas appuyez de la faveur de la cause pie, ont esté épuisez : car si l'on préfere la legitime, parce qu'elle est naturelle, à la cause pie, au moins l'Eglise semble devoit estre préferée aux autres legataires. Et il semble qu'il faut épuiser les dispositions faites en faveur de ceux-cy, avant que de donner atteinte à celles faites au profit de l'Eglise, en quoy la legitime des enfans n'est point interessée. Il faut suivre au moins à cet égard, l'esprit de pieté du grand Papinien, lorsqu'il dit en la Loy *Sunt persona ff. de relig. & sumpt. fun. summa est ratio qua pro religione facit*, ce que l'on doit même croire estre conforme à l'intention du testateur, & ce qui est aussi fondé en exemple, puisque la falcidie n'a point lieu sur les legs pies, suivant la disposition de l'Authentique *Similiter C. ad L. falcid.* qui dit, *similiter falcidia cessat in his quæ ad pias causas relicta sunt*.

34. Resolution que les legs pies souffrent e retranchement de même que les autres legs.

Nonobstant cela il faut dire, que les legs pies souffrent le retranchement de la legitime, de la maniere que tous les autres legs, & non pas subsidiairement aprés tous les autres legs : de même qu'ils n'ont point de privilege, qui les dispense de la revocation fondée sur la Loy *Si unquam C. de revoc.* Aussi il n'y a aucune disposition dans le Droit, qui ne les assujettisse, que subsidiairement a la legitime; & au contraire la glose sur l'Authentique *Similiter*, qui vient d'estre citée, dit précisément, que la faveur de la cause pie ne prévaut jamais sur la legitime : Or ce seroit la faire prévaloir, que d'obliger le legitimaire à discuter toutes les autres dispositions, avant que de se prendre aux legs pies. Enfin, l'exemple de la falcidie ne décide pas icy, puisqu'encore que la legitime soit souvent appellée falcidie, comme en l'Authentique *Unde et si parens C. de inoffic. testam.* neanmoins l'une & l'autre ont des regles toutes differentes, comme il se voit en ce que les legs ne s'imputent point sur la falcidie, mais bien sur la legitime, comme l'observe Monsieur Cujas, sur la Loy *Quod bonis §. penult. ff. ad L. falcid.* & sur la Loy *Non amplius 26. de legat.* 1. parce que l'on n'impute sur la falcidie, que ce que l'on obtient à titre hereditaire.

35. Si la legitime doit estre considerée comme generale, ou comme particuliere en chaque Coutume.

☞ Un donataire forma autrefois une question sur la maniere de contribuer à la legitime, qui ayant alors fait quelque difficulté, merite qu'on en dise un mot. Il estoit donataire d'une simple somme de deniers, dont il avoit esté payé sur les biens situez à Paris; & il soûtenoit que parce que le legitimaire avoit en biens de Paris, la moitié de ce qu'il auroit pû avoir *ab intestat*, quoiqu'il n'eût pas sa legitime dans les biens des autres Provinces, il ne pouvoit pas exiger de luy le supplément de sa legitime, ainsi il soûtenoit que la legitime estoit particuliere en chaque Coutume, & non pas generale dans la succession, & qu'un donataire estoit à couvert de toute recherche de legitime, pourvû que dans la Coutume où il prenoit le contenu en sa donation, le legitimaire eût la moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat* dans les biens de cette Coutume.

Raisons pour le Donataire.

Les raisons, dont cette pensée peut estre appuyée, sont qu'il en est de même de la legitime que de la succession, dont elle est une quotité, & qu'il y a autant de successions differentes en une succession, qu'il y a de Coutumes sous lesquelles il se trouve des biens de la succession, c'est pour cela que bien souvent on est obligé de faire autant de partages & autant de contributions particulieres aux dettes passives; ce qui est si vray, que s'il y a des biens en Païs Coutumier & en Païs de Droit écrit, il y aura deux quotitez differentes de legitime, l'une de la moitié de ce que le legitimaire auroit dû avoir dans les biens de Coutume; l'autre du tiers ou de la moitié, selon le nombre des enfans, dans les biens situez en Païs de Droit écrit, conformément à la Novelle 18. Chap. 1. Cela a encore son exemple dans les reserves coutumieres, & cet exemple n'est pas non plus éloigné; car les reserves & la legitime sont également des legitimes, celle appellée purement & simplement legitime, estant une legitime de Droit, & celle qu'on appelle reserve coutumiere, estant une legitime coutumiere. Or les heritiers doivent avoir leurs reserves, & leur legitime coutumiere dans chaque Coutume, ne suffisant pas qu'ils les ayent en general, & les biens qu'ils ont en une Coutume audelà de leurs reserves coutumieres, ne suppléant pas à ce qui leur manque de leurs reserves dans une autre Coutume. Tout cela semble justifier qu'il y a autant de successions, de legitimes coutumieres, & de legitimes de Droit, qu'il y a de differentes Coutumes sous lesquelles il se trouve des biens d'une même succession.

Raisons & resolution pour le Legitimaire.

Cependant, toutes ces subtilitez à part, il faut dire qu'il y a dans chaque succession une legitime generale pour les enfans, qui se compose de tout ce qu'ils ont, en quelque endroit qu'ils l'ayent, des biens existans, en quelque endroit qu'ils soient situez, sur laquelle on leur impute toutes leurs donations, quelque part où les choses données soient situées, & laquelle ils executent sur toutes les donations entre-vifs ou testamentaires, sujettes au retranchement de la legitime, en quelque endroit, où les biens donnez & sujets à ce retranchement se trouvent. La raison peut estre tirée de la nature de la querelle d'inofficiosité, dans laquelle le fils se plaint que le pere ou la mere, ou n'a point du tout, ou n'a pas assez consideré son sang. Et comme il n'est pas juste qu'un fils intente une action de cette nature, quand il a plus que sa legitime en quelque Coutume, quoiqu'il ne l'ait pas en une autre, si le plus recompense le moins, aussi il n'est pas juste qu'un fils qui n'aura pas sa legitime ne puisse pas se venger sur une donation, soit de meubles, soit d'immeubles, qui s'est trouvée consommée en une autre Coutume, sous pretexte qu'il a sa legitime particuliere en cette derniere Coutume, parce que dés qu'en general il n'a pas toute sa legitime, il a sujet d'intenter la querelle d'inofficiosité, ou de demander son supplément, autrement il seroit toûjours vray de dire que le fils n'auroit pas sa legitime, ce qui n'est jamais juste. La legitime est donc generale, soit pour les retranchemens, soit pour les imputations.

Que si dans les plus purs principes du Droit François, on impute au legitimaire sur sa legitime en pleine proprieté, ce qui luy est legué en simple usufruit, ou en nuë proprieté audelà de sa legitime, contre la disposition de la Loy *quoniam 31. C. de inoff. testam.* comme il a esté jugé par plusieurs Arrests, parce qu'il suffit que le pere ait recompensé son fils de sa legitime, aussi il est juste, quoiqu'il ait sa legitime particuliere en une Coutume, d'évincer les donataires ou legataires des biens de cette Coutume, quand il n'a pas sa legitime generale, & telle qu'il la doit avoir en tous lieux, afin que comme on le réduit juste à sa legitime, en luy imputant précisément tout ce qu'il a reçû, aussi on luy donne sa legitime juste & complette, en évinçant à cet effet tous donataires, selon l'ordre de la perception de la legitime.

Enfin, il y a même une necessité indispensable d'en user ainsi, parce que dés que c'est un point fixe qu'on impute au legitimaire ce qu'il a reçû de plus en une Coutume, pour remplir ce qu'il a de moins dans une autre, & que par consequent la legitime est generale à cet égard, il faut necessairement que quand il a sa legitime en une Coutume, & qu'il ne l'a pas dans une autre, on luy permette d'évincer les donataires qui ont pris des biens dans la Coutume même où il a déja sa legitime; autrement la legitime sera tout ensemble generale & particuliere, ce qui se contredit.

36. Si le donataire évincé pour la legitime, a hypoteque pour son indemnité du jour de sa donatiō.

On demande si le donataire évincé par le legitimaire, a hypoteque du jour de sa donation, pour estre indemnisé du retranchement qu'il a souffert, ce qui se peut presenter principalement au cas que les biens soient insuffisans ou à peine suffisans pour les dettes: car s'il y en avoit de reste, le legitimaire auroit esté obligé de les épuiser, avant que de s'adresser aux donataires. D'un costé il y a hypoteque pour une donation, aussi bien que pour une vente ou pour un prêt, puisque la douation est un contrat qui emporte hypoteque pour l'execution de ce qu'il contient; l'action personnelle que la donation produit étant bien souvent inutile sans l'hypoteque que le contrat donne au donataire; d'autre costé cecy est une éviction legale, qui vient du fait de la Loy, & non pas du fait de l'homme: or il n'y a point de garantie pour les évictions de la Loy, par exemple, si un pere a transferé un droit d'aînesse de la personne de son aîné en celle de son puisné, l'aîné faisant casser la donation, le puisné n'aura point de recours de garantie. D'ailleurs, si on jugeoit ce recours avec hypoteque au préjudice des creanciers posterieurs, ce seroit un moyen seur pour donner une legitime sur les biens extans, c'est à dire sur les biens qui se trouveroient lors du decés, au préjudice des creanciers de la succession, ce qui ne doit jamais estre admis. En effet, le legitimaire supposant les biens extans consommez par les dettes, se pourvoiroit contre les donataires anterieurs aux dettes, & aprés qu'il auroit exercé contr'eux le retranchement de sa legitime, ils viendroient eux-mêmes exercer leur hypoteque sur les biens extans: ainsi les creanciers posterieurs à la donation souffriroient dans l'évenement de ce retranchement de la legitime, qui se feroit à leur préjudice.

Il faut dire qu'il y a action, parce que la donation n'est point retranchée pour un interest public, comme la translation du droit d'aînesse, ou comme une donation faite à un tuteur, mais cette action demeure inutile, parce que comme elle vient du retranchement de la legitime, elle ne peut avoir lieu au préjudice des creanciers, qui sont toûjours préferables à la legitime, & qui auroient un recours contre le legitimaire même pour faire cesser l'action du donataire causée par le retranchement de la legitime: C'est pourquoy on doit imposer silence au donataire, suivant la regle *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio:* aussi les creanciers & les détempteurs estant préferables au legitimaire, ils le doivent estre au donataire, à qui le legitimaire est préferé, & puisqu'on a bien voulu donner le retranchement de la legitime contre les donataires anterieurs aux dettes, sans assujettir pour cela le legitimaire au payement des dettes, il ne faut point donner de recours de garantie au donataire qui ait lieu au préjudice des creanciers posterieurs.

Les deux seuls Auteurs qui ont traité cette question, sont Fernandus Berengarius *de matrim. ad morganat. cont.* chap. 10. n. 5. & du Perier liv. 4. qu. 7. Le premier a conclu pour l'indemnité & le recours de garantie du donataire. Le second a limité cette opinion, au cas que la donation ne fût d'abord inofficieuse, mais qu'elle le fût devenuë dans la suite, les affaires du pere donateur ayant mal tourné depuis la donation. Mais ce temperamment même détruit son opinion, parce qu'en matiere de legitime nous ne considerons point si la donation est inofficieuse *ab initio*; ou si elle est seulement *ex post facto.* Mais estimons que la legitime estant dûë au temps du decés, il suffit qu'elle ne se trouve pas sur les biens extans, & que deslors le legitimaire a droit de retrancher les donations qui ne sont point innocentes, dés que la legitime est alterée, parce qu'on ne peut donner valablement quand la legitime des enfans n'est pas remplie dans la suite. Ainsi le donataire ne merite pas plus de recours au préjudice des creanciers dans l'un que dans

l'autre

l'autre cas, il doit toûjours le ceder aux creanciers, à qui le legitimaire qui l'évince le cede luy-même; afin qu'il n'arrive pas que la legitime se prenne indirectement au préjudice des creanciers legitimes.

37. Si les pere & mere qui ont garanti solidairement les effets donnez, doivent garantir l'éviction pour la legitime.

Que si les pere & mere mariant leur fille ont donné des effets à recouvrer, qu'ils ont garantis solidairement, même de la legitime, & que le pere estant mort insolvable, les autres enfans demandent leur le legitime à leur sœur sur les biens qu'elle a eus du pere, en ce cas il semble d'abord que la sœur donataire pourra contresommer la poursuite d'éviction à ses freres & sœurs heritiers de leur mere. En effet, cette garantie n'est pas celle dont il vient d'estre parlé: car ce n'est pas garantir son donataire de la recherche d'une legitime sur son propre bien: ce qui ne se peut jamais, parce que ce seroit se mettre au-dessus de la legitime par des formules inventées contre un droit naturel & civil, ce qui ne se peut jamais: mais c'est donner une caution étrangere pour l'execution de sa donation, & ce cautionnement s'executera sur les biens d'autruy: ce qui se peut & est tres-licite.

Il y a lieu de douter au sujet de cette ouverture, si des pere & mere, pour avoir donné à un de leurs enfans des effets en mariage avec garantie solidaire, sont censez avoir voulu garantir l'éviction qui pourroit survenir pour la legitime des autres enfans: car si la clause en estoit expresse, on se porteroit peut-estre à dire qu'il la faudroit executer: mais les pere & mere semblent avoir en ce cas garanti leur droit de proprieté & la solvabilité des debiteurs, ce qu'on appelle la garantie de fait & de droit, mais ils n'ont pas entendu garantir l'éviction qui pourroit arriver pour la legitime de leurs enfans: car on n'est censé vouloir oster une legitime, que quand on fait une exheredation expresse; aussi supposé qu'on executast cette garantie, le pere auroit desherité ses autres enfans, sans le dire expressément: parce que la fille donataire se vengeroit sur la succession de la mere, de ce qui luy seroit évincé de sa donation pour la legitime de ses freres sur les biens du pere: or les exheredations doivent estre expresses, causées, & meritées.

Il faut aller plus loin, & dire par la même raison, que si on appliquoit cette garantie à l'éviction pour la legitime: de même si la clause estoit expresse pour cette garantie de l'éviction pour la legitime, la garantie seroit nulle, comme équipollant à une exheredation, qui ne se peut faire qu'avec éloge, & avec preuve du contenu en l'éloge.]

SECTION IX.

De ce qui s'impute sur la legitime.

SOMMAIRE.

1. *Trois principes de la matiere des imputations sur la legitime.*
2. *De ce qui se devoit imputer, selon le Droit, sur la legitime.*
3. *Les donations simples entre-vifs s'imputoient, pourvû qu'il y en eût clause expresse.*
4. *Si un étranger peut demander cette imputation.*
5. *Resolution pour l'affirmative.*
6. *Si le* mortis causa capio *du Droit, doit s'imputer sur la legitime.*
7. *Resolution pour l'affirmative.*
8. *Du legitimaire institué pour une moindre portion que sa legitime, & substitué à un autre institué.*
9. *De l'heritier chargé de substitution, & si son heritier demandant sa legitime en pleine proprieté, doit compter de l'excedant des fruits.*
10. *Resolution pour l'affirmative.*
11. *Si les prélegs s'imputent sur la legitime.*
12. *De l'imputation des Offices.*
13. *Si les frais d'étude s'imputent sur la legitime.*
14. Quid *des livres.*
15. *Des frais de reception en un Office, ou en un Benefice.*
16. *Si le Titre Clerical s'impute sur la legitime.*
17. *Divers Privileges du Titre Clerical.*
Resolution pour l'imputation.
18. *Que le Titre Clerical doit s'imputer.*
19. *Des frais & habits de nôces, bagues & joyaux.*
20. *Si l'amende & reparation civile, que le pere a payées pour son fils, s'imputent sur la legitime.*
21. *Resolution pour l'affirmative.*
22. Quid *si le pere a esté condamné pour son fils en quelque reparation civile.*
23. *Si la rançon que le pere a payée pour son fils, luy doit estre imputée sur la legitime.*
24. *Resolution pour l'affirmative.*
25. *Si les frais du Doctorat & de la reception d'Avocat.*
26. *Si le pere ayant institué un étranger & substitué son fils, le profit de cette substitution doit estre imputé sur la legitime du fils.*
27. *Explication de la Loy* Scimus C. de inoffic. testam.
28. *Preuve de cette explication.*
29. *Si ce qui vient par accroissement est imputé sur la legitime.*
Raison pour l'affirmative.
Resolution pour la negative.
30. *Si la substitution pupillaire faite au profit du legitimaire, s'impute sur sa legitime.*
31. *Resolution pour l'imputation.*
32. *Si le legs de la chose d'autruy s'impute sur la legitime.*
33. *Si le retranchement qui se fait au profit des enfans en vertu de l'Edit des secondes nôces, s'impute sur leur legitime.*
34. *Si ce qu'un étranger donne au pere pour restituer au fils, s'impute sur la legitime.*
35. *Si ce que l'ayeul donne au fils à la charge de restituer au petit-fils, doit estre imputé sur la legitime du petit-fils dans les biens du fils, & 1. supposé que le fils fût unique.*
36. Quid *si le fils n'est pas unique; mais a renoncé à la succession de l'ayeul.*
37. Quid *si ce fils non unique s'est porté heritier.*
38. *Si le fils impute sur sa legitime ce qui a esté donné à ses enfans.*
39. Quid *s'il poursuit sa legitime contre ses propres enfans.*
40. Quid *s'il la poursuit contre ses freres & sœurs.*

1. Trois principes de la matiere des imputatiõs sur la legitime.

LA Loy 20. *C. de collat.* établit pour maxime, que l'on ne doit imputer sur la legitime, que ce que le Droit ordonne précisément : & elle ajoûte, qu'encore que tout ce qui s'impute sur la legitime, soit sujet à rapport dans la succession *ab intestat*, il ne s'ensuit pas que tout ce qui est sujet à rapport, s'impute sur la legitime. La raison est, que l'on traite rigoureusement le rapport, la faveur estant pour les enfans qui le demandent, contre celuy qui le doit, & qu'au contraire l'on ne traite pas rigoureusement l'imputation sur la legitime, la faveur estant pour le legitimaire, qui a esté desherité, ou reduit à moins que sa legitime, auquel il est juste de la donner avec plenitude. Ainsi le rapportant est défavorable; mais le legitimaire merite beaucoup de faveur : d'où vient que l'on fait rapporter des choses que l'on ne fait pas imputer sur la legitime, & qu'en termes de Droit toutes sortes de donations ne s'imputent pas au legitimaire.

Il y a une autre regle pour cette imputation sur la legitime, qui est établie en la Loy *Quoniam Novella 29.* sur la fin, & au commencement de la Loy *Scimus versic. repletionem*, que l'on n'impute que ce qui procede des biens du pere ou de la mere. *Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris :* & l'on peut ajoûter, qu'il faut que la chose que l'on prétend estre sujette à cette imputation, vienne au fils de la disposition du pere. *Ex patris judicio*, selon Monsieur Cujas, *Consult. 24.*

Enfin, nous pouvons nous faire une troisiéme maxime sur cette matiere, que dans nôtre Droit l'imputation sur la legitime est plus de rigueur que dans le Droit Romain, & que plusieurs choses s'imputent selon nostre usage, qui ne s'imputent pas dans le Droit. Voilà les trois principes qu'on se peut former sur la matiere, & qu'il s'agit d'expliquer.

2. De ce qui se doit imputer, selon le Droit, sur la legitime.

Le fils est obligé d'imputer sur sa legitime ce qui luy est donné par le testament de son pere à titre d'institution ou de legs; comme aussi ce qui luy est donné par donation à cause de mort, suivant la Loy *Omnimodo 30.* & la Loy *Scimus 36. C. de inoff. testam.* En un mot, tout ce qu'il prend à titre de derniere volonté.

Il y a aussi une disposition dans le Droit, pour luy faire imputer la donation pour cause de nôces, c'est la Loy *Quoniam Novella 29. C. de inoff. testam.* L'imputation de la dot est établie par la même Loy, celle de l'Office, que le pere a acheté à son fils, par la Loy *Omnimodo*, qui est la suivante. Enfin, les donations simples faites entre-vifs, doivent estre imputées, pourvû qu'il y en ait clause expresse, ce qui est défini par la Loy *Si quando 35. C. de inoff. testam. §. & generaliter*, qui reprend toutes les especes précédentes, & dit, *& generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, vel inter vivos sub ea conditione, ut hac inter vivos donatio in quartam ei imputetur.* Et la raison pour laquelle les donations entre-vifs ne s'imputoient point, si cela n'estoit précisément ordonné par le testateur, suivant cette Loy, resulte de cette seconde maxime, dont il vient d'estre parlé, qui est établie en la Loy *Scimus versic. repletionem*, que ce qui s'imputoit devoit proceder *ex ipsa substantia patris*, c'est à dire, des effets de sa succession : Or les choses données entre-vifs n'étoient plus comptées entre les biens du pere. Nous n'avons rien de semblable dans nôtre Droit, & toutes les donations entre-vifs ou testamentaires s'imputent sur la legitime.

3. Les donatiõs simples entre-vifs s'imputoẽt, pourvû qu'il y en eût clause expresse.

La premiere question qui se peut présenter sur ce sujet, est de sçavoir si un étranger heritier institué ou legataire universel, a droit d'obliger un fils legitimaire d'imputer ces sortes de donations sur sa legitime ? Et la raison de douter est, qu'il y a un tres-grand rapport entre le droit de collation ou rapport, & l'imputation sur la legitime, suivant cette Loy 20. *C. de collat.* qui a esté citée. Or l'enfant ne rapporte point à l'étranger : ensorte que si un pere ayant trois enfans, institué avec eux un étranger, il faudra faire un double partage, l'un sans rapport au respect de l'étranger, & pour trouver sa part : & l'autre avec rapport entre les trois enfans : parce que le rapport est pour l'égalité entre les enfans seulement, & cesse quand l'égalité n'est point blessée §. 4. & 5. de la Loy 1. *ff. de collat. bon.* d'où il semble que l'on doive conclure, que l'imputation des donations sur la legitime, ne se doive faire qu'entre enfans, pour égaler les ligitimaires entr'eux, & pour faire qu'ils n'ayent pas plus que les autres enfans heritiers ou legataires, ce qui arriveroit quelquefois s'ils n'estoient pas obligez de faire cette imputation : & ce qui n'a nul inconvenient quand ce sont des personnes étranges, qui sont heritiers, & qui fournissent la legitime.

4. Si un étranger peut demander cette imputation.

Il faut dire neanmoins, que des heritiers étrangers ont droit, comme des enfans qui sont instituez heritiers, de faire faire l'imputation sur la legitime : parce que la querelle d'inofficiosité & la demande de legitime est un droit extraordinaire, qui ne doit avoir lieu que lorsque le pere ou n'a point du tout, ou n'a pas assez consideré son sang, & quand il faut que la Loy vienne au secours de la nature, & qu'elle supplée au défaut de l'affection paternelle, *quia judicium patris lex supplet*, dit Godefroy sur la Loy *Si totas 5. C. de inoff. donat.* Ainsi cette action n'a point lieu quand le pere a rempli les devoirs naturels : & il seroit fort injuste qu'un fils comblé des bienfaits de son pere, vinst accuser son testament, & donner atteinte à de legeres liberalitez, dont le pere auroit voulu reconnoistre l'amitié de quelqu'un.

5. Resolution pour l'affirmative.

Pour passer à présent des personnes qui peuvent demander cette imputation, aux choses qui doivent estre imputées sur la legitime, selon la disposition du Droit; je demande en second lieu, si une condition apposée au profit d'un enfant dans un legs fait en faveur d'un autre, & qui s'appelle en Droit *mortis causa capio*, doit estre imputée sur la legitime ? Il y a des exemples de ces sortes de dispositions que l'on faisoit à l'occasion de la mort, dans la Loy *Qui pretio 8. ff. de mortis causa donat.* dans les Loix 12. 21. & 31. du même

6. Si le *mortis causa capio* du Droit, doit s'imputer sur la legitime.

titre, & elles peuvent avoir lieu parmi nous : car rien n'empêche que l'on ne puisse faire un legataire universel, à la charge de donner certaines choses à un des enfans. Et il faut dire, qu'afin que ces sortes de dispositions s'imputent sur la legitime, selon le Droit, il faut le concours de deux conditions. La premiere, que ce qui se donne soit des biens de la succession. La seconde, que la chose soit dûë incontinent aprés la mort, & prévienne la déduction de la legitime, selon Peregrinus *de fideic. art. 36. n. 119.* encore que ces sortes de dispositions ne s'imputassent pas sur la falcidie, *L. in ratione §. tametsi ff. ad l. falcid.* ni sur la Trebellianique, selon Monsieur Cujas, observ. liv. 8. chap. 4. Mais il y a des Auteurs qui croyent que quand ces dispositions ne sont pas presentes, il en faut rejetter le délay & le temps apposé, & les executer comme pures & simples, & entr'autres Vasquius, liv. 3. §. 30. part. 3. limit. 34. nombre 244.

7. Resolution pour l'affirmative. J'estime au contraire que dans nostre Droit ces sortes de dispositions seroient imputées sur la legitime, pourvû qu'elles fussent dûës quant & quant la legitime, parce qu'il suffit parmi nous, que le legitimaire tire quelque profit du testament, pour faire qu'il soit obligé à l'imputation : & l'on ne considere pas si ce qui luy est donné par forme de condition, est précisément un bien de la succession, il suffit que cela luy vienne de la disposition, & de la liberalité du testateur, qui a honoré & gratifié à proportion celuy qu'il a ainsi grévé au profit du legitimaire, *L. ab eo C. de fideicomm.* ce qui n'est pas même sans exemple dans le Droit Romain : puisque l'on imputoit sur la legitime du patron, ce qui luy estoit laissé par forme de condition apposée à une autre disposition, suivant la Loy *Etiam 3. ff. de bon. libert.* & encore que cette Loy requiert que ce qui est ainsi laissé, soit des biens de l'affranchi, neanmoins elle justifie au moins que le retardement qui arrive dans l'execution de la condition, n'empêche pas cette imputation.

8. Du legitimaire institué pour une moindre portion que sa legitime, & substitué à un autre institué. Je demande en troisiéme lieu, si le legitimaire estant institué pour une moindre portion que sa legitime : & d'un autre côté estant substitué à un des autres heritiers instituez, il aura d'abord sa legitime en son entier ; & le fideicommis lors de l'évenement de la condition, sous laquelle il a esté fait ? Et pour moy j'estime, conformément à ce qui a esté dit en la sect. 4. qu'il n'est jamais juste, que le legitimaire profitant de la disposition du testateur, se pourvoye contre la même disposition, par exemple, qu'il conserve en vertu du testament la nuë proprieté de tous les biens, laquelle excede sa legitime, & qu'il donne atteinte au même testament, pour avoir ces biens en pleine proprieté, jusqu'à concurrence de sa legitime, qu'il prenne ce qui luy a esté laissé à titre d'institution, & de fideicommis ; & qu'avec cela il retranche la part des autres heritiers, pour avoir sa legitime sans charge & sans condition, d'autant plus qu'il est décidé dans le Droit, que quand il y a plusieurs dispositions dans un testament au profit d'une même personne, dont l'une est onereuse, & l'autre est pure & simple, il n'est pas permis à cette personne d'accepter celle qui est pure & simple, & de renoncer à celle qui est onereuse, *L. 5. de legat. 2.* D'ailleurs, il arrive souvent, que ces dispositions jointes ensemble, excedent de beaucoup la legitime, & selon l'opinion de la plûpart des Docteurs, il n'est pas défendu d'apposer quelque condition à la legitime, quand elle est au profit & à l'avantage du legitimaire. Enfin, c'est la décision d'un Arrest du 12. Mars 1680. qui a esté rapporté au même endroit. C'est pourquoy dans l'espece proposée, quoique selon la disposition du Droit en la Loy *Scimus §. 1. C. de inoff. testam.* la legitime doive estre déduite en son entier sur les parts des autres heritiers instituez, sans préjudice du fideicommis, qui aura lieu au profit du legitimaire, lors de l'évenement de la condition, comme le décide Vasq. liv. 1. *de test. pot.* §. 10. nomb. 371. neanmoins l'équité veut que dans nostre Droit les autres heritiers instituez soient recevables à déferer au legitimaire le choix & option des dispositions, ou de sa legitime, & c'est la disposition ou le préjugé de cet Arrest du 12. Mars 1680.

9. De l'heritier chargé de substitution, & si son heritier demandant sa legitime en pleine proprieté, doit compter de l'excedant des fruits. L'on propose cette quatriéme question. Un fils ayant esté institué heritier, & son pere luy ayant substitué un étranger en cas qu'il decedât sans enfans, le fils est entré en possession des biens, sans accepter précisément la disposition : aprés quoy la condition estant arrivée, & son heritier estant poursuivi pour restituer, il demande la distraction de la legitime du fils sur les biens sujets à restitution : sur quoy l'on demande si cet heritier sera tenu d'imputer les fruits que le fils a perçûs jusqu'à sa mort ? Et comme nous avons dit dans la sect. 4. de ce chapitre, que quand le pere a voulu recompenser en excedant de simple usufruit ou de nuë proprieté ce qu'il devoit à son fils en pleine proprieté pour sa legitime, dans nostre Droit François les interessez pouvoient déferer l'option au fils, & l'obliger d'executer la disposition, & se tenir à ce qui luy a esté laissé ; ou d'y renoncer en se contentant de sa legitime en pleine proprieté, il faut conclure sur ce fondement, & nonobstant la disposition de la Loy *Jubemus 6. C. ad Senat. Trebell.* qui décide qu'en ce cas, les fruits ne doivent point estre imputez sur la legitime, qu'elle appelle *falcidie* en cet endroit, que l'heritier du fils ne peut pas demander sa legitime en pleine proprieté, sans imputer ce qu'il a perçû d'usufruit audelà de sa legitime. 10. Resolution pour l'affirmative. Ainsi s'estant éloignez en la sect. 4. de la disposition de la Loy *Scimus 36. C. de inoff. test.* comme il a esté montré que l'on a fait dans l'Arrest du 12. Mars 1680. il est aussi necessaire de s'éloigner de la disposition de la Loy *Jubemus C. ad Senatusc. Trebell.* & dire qu'en aucun cas on ne peut profiter de la disposition, & impugner la disposition : parce que toute demande de legitime est une querelle d'inofficiosité ; qui ne doit jamais estre permise à celuy qui est recompensé d'ailleurs, & qui doit cesser à proportion de la recompense : outre que, comme il a esté dit au même endroit, cet excedant d'usufruit est une disposition testamentaire, sujette à s'imputer sur la legitime.

Ce qui doit d'autant plus avoir lieu en l'espece, que l'on suppose qu'il y a un substitué, qui estant un second heritier, est capable de profiter de l'excedant de l'usufruit, que l'heritier du fils est obligé d'abandonner en l'imputant sur sa legitime en pleine proprieté : & il ne sert de rien de dire que le substitué ne doit avoir les fruits que du jour de l'ouverture de la substitution : car si dans le cas particulier on l'évince d'une partie de la proprieté, il est juste qu'il se recompense en obligeant l'heritier de l'institué de faire cette imputation, dont il ne profite que pour la conservation de ce qui luy a esté laissé par le testateur à titre de substitution. D'ailleurs, ceux qui representent le legitimaire n'ont pas droit de vouloir conserver ces fruits, & de soûtenir que le

substitué ne doit rien avoir aux fruits échûs avant l'ouverture de la substitution, puisque c'est par leur fait que cela arrive, & puisque le substitué est premier & seul heritier à leur égard.

11. Si les s'imputent sur la legitime. La cinquiéme question est de sçavoir, si dans les Coutumes qui permettent les prélegs entre heritiers, comme la Coutume de Nivernois, chapitre 27. art. 11. celle de Berry, tit. 19. art. 42. & celle de Bourbonnois, art. 308. le préciput ou le prélegs doit estre imputé sur la legitime. Et il est indubitable que dans le Droit, & dans ces Coutumes, ce qui est prélegs sur la succession, est prélegs sur la legitime : parce qu'elle est une quotité de la succession, & qu'on ne la peut obtenir qu'à titre d'heritier : ce qu'Automne sur la Loy 30. *C. de inoff. testam.* dit avoir esté décidé par Arrest du Parlement de Bordeaux : & ce qui l'a esté pareillement par un du Parlement de Paris, du 21. Avril 1594. rapporté par Bouchel sur le mot *legitime*, pag. 554. col. 1.

12. De l'imputation des Offices. En sixiéme lieu, l'on peut demander si les Offices que le pere a fait avoir à son fils, doivent estre imputez sur sa legitime? Que si l'on s'attache à la disposition du Droit, pour resoudre cette question, il est certain qu'il n'y a que les Charges venales qui se doivent imputer sur la legitime, selon la Loy *Omnimodo §. imputari C. de inoff. testam.* Mais dans nostre Droit il suffit, que les Charges soient venales par tolerance, & par un usage uniforme, & quoiqu'elles ne le soient pas de leur nature, elles ne laissent pas d'estre imputées sur la legitime, quand le pere les a acquises, & en a payé le prix pour son fils. Ainsi les Offices de Judicature & de Finances donnez ou achetez par le pere, sont sujets à estre imputez sur la legitime; mais les Offices non venaux, comme les Charges de la Maison du Roy, & les Gouvernemens, qui ne sont, à proprement parler, que de simples Commissions, qui ne tombent point dans le commerce, sont sujets à destitution, & dépendent en tout de la volonté du Roy, & lesquels enfin perissent par la mort de l'Officier, ne sont point sujets à estre imputez sur la legitime, quand ils ont esté donnez par le pere, parce qu'ils dépendent de la seule grace du Prince, qui donne les provisions: & c'est ce qui a esté jugé par l'Arrest de le Breton Roy d'Armes, du 20. May 1651. quoiqu'à l'occasion d'un rapport, & non pas d'une imputation sur la legitime. Voyez le chapitre des rapports, liv. 3. Mais si le pere achete la démission d'un Officier, sur laquelle son fils obtient ses provisions, le prix sera imputé sur la legitime du fils : parce qu'outre la grace du Prince, il y a un prix de la démission, qui est actuellement payé par le pere, & qui bien souvent est une condition: de la même sorte que quand le Roy pourvoit quelqu'un d'une Charge de sa Maison, à condition de donner une certaine somme à la veuve, ou aux heritiers du dernier possesseur. Aussi cet Arrest du 20. May 1651. qui a jugé, qu'un Office de Roy d'Armes n'estoit pas sujet à rapport, estoit dans le cas que cet Office avoit passé du pere au fils par le moyen d'une survivance.

13. Si les frais d'étude s'imputent sur la legitime. L'on suit icy en quelque chose la Loy *Illud 29. C. de collat.* qui dit, que tout ce qui est sujet à estre imputé sur la legitime, est sujet à rapport; mais que tout ce qui est sujet à rapport n'est pas sujet à estre imputé sur la legitime : car nous estimons, suivant cette regle, que tout ce qui n'est point sujet à rapport, ne doit point estre imputé sur la legitime. Ainsi les frais d'étude, ausquels le pere est obligé, suivant la Loy *Si quis à liberis 5. §. 12. ff. de agnosc. lib.* ne s'imputent point sur la part hereditaire du fils, selon la Loy *Si pater 50. ff. fam. erc.* ni sur sa legitime : & c'est le sentiment de Faber *in Cod. lib. 3. tit. 19. def. 29.* quoique Grassus, suivant l'avis de quelques Docteurs sur cette fameuse Loy *In quartam 91. ff. ad l. falcid.* qui est le lieu commun des imputations, ait esté d'avis que ces frais devoient estre imputez, en quoy il n'a pas eu égard à la disposition du Droit, qui porte, qu'ils ne seront point rapportez dans la succession *ab intestat :* ce qui n'empêche pas que dans nostre usage, quand le fils a une succession ouverte, il ne tienne compte de ces frais au survivant de ses pere & mere, & cela, jusqu'à concurrence de ses revenus, que ces frais ne peuvent exceder, l'excedant n'estant sujet à entrer en ligne de compte, ni à estre rapporté, ni imputé sur la legitime, suivant l'art. 253. de la Coutume d'Auxerre. Ce que je ne voudrois pourtant pas observer pour le rapport, & pour l'imputation sur la legitime, qu'au cas que le pere eût declaré expressément avoir dessein de compter de ces frais à son fils, ou tacitement, en tenant Registre, & dressant des Memoires exacts de ces dépenses.

Pour les Livres, en tant qu'ils sont compris dans les frais d'étude, ils ne doivent point estre imputez regulierement sur la legitime : mais si le pere en a donné en grande quantité, & que le fils les ait encore en sa possession lors de la mort du pere, car c'est la condition que demande la Coutume d'Anjou, art. 261. sur la fin, il y auroit lieu de dire qu'ils devroient estre imputez sur la legitime. Il se faut souvenir neanmoins de traiter en cela le legitimaire un peu plus favorablement que celuy qui fait un rapport : parce qu'il y a beaucoup de faveur du côté du legitimaire, que le pere a desherité pour le tout, ou pour partie; au lieu qu'il n'y en a aucune pour celuy à qui on demande le rapport; mais au contraire, toute la faveur est du côté de ceux qui l'obligent au rapport. C'est pourquoy, encore un coup, les Livres ne s'imputeront point, s'ils ne font corps de Bibliotheque, ou au moins s'ils ne sont d'un prix considerable, par rapport aux biens que le pere a laissez. Et encore je voudrois excepter de cette imputation, les Livres que le pere a notez de sa main, comme Memoires de famille, pour recompenser de ce côté, suivant la destination du pere même, celuy qu'il a desavantagé d'ailleurs. 14. Quid des Livres.

Pour ce qui est des frais de reception en un Office, ils doivent estre imputez, comme l'Office même, dont ils sont accessoires. 15. Des frais de reception en un Office, ou en un Benefice.

A l'égard des frais de l'obtention d'un Benefice, cela dépend de leur qualité : car s'ils sont considerables, comme sont les frais des Bulles d'un Evêché, ils doivent estre imputez, nonobstant ce qui est dit dans la 1. part. des décis. de la Rote, décis. 65. Mais à l'égard des frais moins importans, comme le Benefice est hors du commerce, & ne passe point aux heritiers, il y auroit lieu de soûtenir, qu'ils ne se devroient pas imputer sur la legitime, & c'est volontiers la raison d'un Arrest du Parlement de Toulouse du 30. Mars 1591. rapporté par Monsieur de la Rocheflavin, liv. 6. tit. 63.

A l'égard du titre Clerical, quelques-uns estiment que, parce qu'il est inalienable, il ne se doit pas imputer sur la legitime, & c'est le sentiment de Faber sur le §. dernier des Instituts *de inoff. testam.* & sur la Loy *de emancipatis* 16. Si le titre Clerical s'impute sur la legitime.

C. de collat. n. 2. où il l'exempte même du rapport. D'autres estiment qu'il doit estre imputé: & entr'autres Vasquius, liv. 3. §. 22. lim. 17. nombre 44.

Raisons contre l'imputation.

Le fondement de la premiere opinion est, que le titre Clerical tient lieu de Benefice au simple Prestre: & au lieu que dans les premiers temps de l'Eglise on ne faisoit point de Prêtres, sans leur donner quelque administration dans l'Eglise; comme il est aisé de justifier par le Canon 9. du Concile de Calcedoine, le nombre des Prestres estant beaucoup augmenté, il fut arresté au Concile de Latran, tenu sous le Pape Alexandre III. que l'on pourroit recevoir des Prestres sous le titre de leur patrimoine: Ainsi ce titre tient lieu d'un Benefice: aussi il est appellé *sacerdotal*; & c'est sur ce fondement que l'Ordonnance d'Orleans, art. 12. le declare ***inalienable, & non sujets a aucunes obligations, ni hypoteques créées depuis la promotion du Prêtre & durant sa vie.*** Il n'est point necessaire, que le Prestre s'oppose à un decret pour une rente assignée pour son titre Clerical, sur la maison decretée, comme il a esté jugé par plusieurs Arrests, ce que je voudrois neanmoins limiter au titre constitué par un pere, ou une mere: car s'il estoit constitué par un parent collateral, je le croirois purgé par un decret, à plus forte raison s'il estoit constitué par un étranger: en effet, la faveur d'un decret égale bien celle d'un titre Clerical. Celuy-cy est favorable, parce qu'il sert d'aliment au Prestre, & fournissant à ses besoins, il empêche qu'il ne tombe dans la mendicité: mais le decret est la seureté des familles entieres, dont le bien, sans le secours des decrets, seroit dans une incertitude perpetuelle: le Prestre évincé par sa faute & par sa negligence, se peut retourner du côté de son Evêque: & voilà ce que l'on a voulu éviter par ces grandes faveurs que l'on a accordées au titre Clerical; mais personne n'est tenu de relever les familles privées, qui seroient évincées aprés un decret. Ainsi j'accorde le privilege aux termes que l'on a jugé, qu'une donation faite dans un contrat de mariage aux personnes mariées & à leurs descendans, n'a pas besoin d'insinuation, ce qu'on a limité aux donations faites par les ascendans, qui peuvent estre prévûës par des creanciers; car celuy qui acquiert du pere, peut aussi s'attendre que son fils n'a pas esté fait Prestre sans titre Clerical; mais je soûtiens qu'il n'en est pas de même du titre constitué par un collateral ou par un étranger.

17. Divers privileges du titre Clerical.

On n'estime pas non-plus que la donation d'un titre Clerical soit sujette à insinuation, & elle se ressent ainsi de la faveur des liberalitez pour causes pies. De plus, les Arrests ont jugé, que dans les Coutumes où le renonçant est obligé au rapport, le titre Clerical ne se rapporte point par le Prestre qui renonce à la succession de son pere, qui le luy a constitué: & c'est la décision de l'Arrest du Jeudy 12. Decembre 1619. & de celuy du 29. May 1645. rapportez par Maistre Julien Brodeau, sous la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 56. Arr. 6. & 7. d'où il suit que dans ces Coutumes il peut estre constitué en faveur de l'heritier presomptif. Enfin, il a esté jugé sur ce même fondement, que le titre Clerical n'estoit point sujet à revocation pour la survenance d'enfans, ni à la Loy *Si unquam C. de revoc.* & c'est la matiere d'un Arrest du 15. Juin 1543. rendu au Rôlle de Poitou, en la cause de Maistre Antoine de Chantelouve, Prestre. Aussi, comme il vient d'estre dit, c'est une opinion assez commune que le titre Sacerdotal n'est point imputé sur la legitime, comme il a esté jugé n'estre point sujet au retranchement de la legitime, par un Arrest du 3. Avril 1620. lequel est énoncé dans celuy du 15. Juin 1643. qui est dans le Journal de du Fresne.

Resolution pour l'imputation.

Resolution pour l'imputation. 18. Que le titre Clerical doit s'imputer.

Pour dire mon avis, en un mot, j'estime que regulierement le titre Sacerdotal doit estre imputé sur la legitime, bien loin qu'il ne soit pas sujet à rapport, comme Faber l'a prétendu aux lieux cy-dessus alleguez. En effet, tous les privileges qui viennent d'estre rapportez, ne font pas que le titre Sacerdotal ne soit une donation du pere, dont le fils devient plus riche, & ne soit quelquefois considerable, eu égard aux biens du pere. Ils font bien que peut-estre on ne peut pas obliger un fils de rapporter son titre en espece, & qu'en cela l'on pourroit comparer le titre Clerical à l'Office, que l'enfant qui l'a eu de son pere, n'est pas obligé, & ne peut pas même en certains cas rapporter en especes: Mais non pas que la valeur n'en doive estre rapportée dans le partage *ab intestat*, & ne doive estre imputée au legitimaire. C'est l'opinion de Vasquius au lieu qui vient d'estre rapporté, & de Maistre René Chopin, sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 1. tit. 3. nomb. 5. & de le Grand, sur l'article 95. gl. 2. nomb. 41. de la Coutume de Troyes. Le titre Clerical est bien different de la dot constituée pour une profession en Religion: car si on a jugé que cette dot n'entroit pas dans la masse des biens, sur laquelle on regle la legitime, c'est parce que cette dot n'est pas une donation faite à la fille, laquelle au moment qu'on la constitué devient incapable de la recevoir; mais que c'est un contrat onereux fait avec le Monastere. L'on n'en peut pas dire autant du titre Sacerdotal, qui est une donation faite au Prestre, & dont il est en possession dans le temps qu'il poursuit la legitime, & le contrat par lequel on le constituë, se passe entre le pere & le fils.

Au contraire un titre Clerical constitué par le pere, ne sera point sujet à la legitime des autres enfans, si ce n'estoit que le Prestre eût d'autres biens, auquel cas il y est sujet.

19. Des frais & habits de nôces, bagues & joyaux.

Quoiqu'il y ait à distinguer entre les frais, & les habits de nôces dans la matiere des rapports, que le banquet nuptial ne soit point sujet à rapport, & qu'au contraire les habits de nôces y soient sujets, suivant la disposition de l'article 268. de la Coutume de Senlis, & du 322. de celle de Reims; neanmoins comme l'on doit traiter un peu plus favorablement celuy qui est reduit à sa legitime, que celuy qui est obligé au rapport, j'estime que tout cela ne doit point estre imputé sur la legitime. C'est l'avis de Maretus *qu. 17. de quartis*: mais à l'égard des bagues & joyaux, ils doivent estre imputez, Vasquius livre 3. §. 30. part. 3. limit. 24. nomb. 266.

20. Si l'amende & reparation civile que le pere a payée pour son fils, s'impute sur la legitime.

On demande si le fils est tenu d'imputer sur sa legitime l'amende & la reparation civile, que son pere a payée pour luy, à laquelle il avoit esté condamné par sentence, & pour laquelle, sans ce secours du pere, il auroit tenu prison. Et si l'on regle la chose par le Droit Romain, il semble qu'il faut dire qu'il n'est point tenu de faire cette imputation, qui n'est point précisément ordonnée par les Loix: puisque nous,

avons dit au commencement de cette section, que l'on n'impute sur la legitime, que ce qui est précisément ordonné par les Loix, selon la décision de la Loy *Illud 20. C. de collat.* Aussi c'est le sentiment de Bartole sur la Loy *Stichus ff. de pecul. legat.* & l'opinion commune des Docteurs. Mais nôtre Droit n'ayant point établi cette regle fatale, qui dispense quelquefois de l'imputation sur la legitime, ce qu'il est tres-juste d'y imputer, par cette seule raison que la Loy ne l'a pas prévû, nous pouvons conclure pour cette imputation: parce que l'amende & la reparation civile n'est point de l'entretien du fils, ni une charge ordinaire de son éducation. Et en cela je voudrois distinguer entre les frais que le pere auroit faits pour obtenir l'absolution de son fils qui avoit esté injustement accusé, & l'amende & la reparation civile qu'il auroit payée pour luy, suivant ce qui est décidé dans le Droit pour des associez en la Loy *Cum duobus 52. §. ult. ff. pro socio.* Sur le fondement de laquelle nous donnons la recompense au mari de ce qu'il a payé pour le délit de sa femme; quoique nous ne luy en donnions aucune des frais qu'il a faits pour obtenir l'absolution de sa femme; & pour montrer d'autant plus que cette resolution est conforme à l'esprit du Droit Romain, il faut présupposer que le Droit a principalement assujetti à l'imputation sur la legitime les donations les plus utiles & les plus avantageuses, comme celle d'un Office que le pere a acheté pour son fils, selon la Loy *Omnimodo §. imputari C. de inoffic. testam.* ce qui resulte de la Loy *Si non mortis 25. ff. de inoffic. testam.* & de la Loy *Quoniam Novella 29. C. eodem:* Or il n'y a point d'avance plus utile au fils, que celle qui luy conserve la liberté, & qui luy épargne l'infamie de la prison. Je n'imputerois neanmoins que l'amende & la reparation civile, qui seroient de quelque importance, eu égard aux biens de la succession, & à la part du legitimaire.

21. Resolution pour l'affirmative.

22. Quid si le pere a esté condamné pour son fils en quelque reparation civile.

Que si le pere a payé quelque reparation civile, en laquelle il a esté condamné en son propre & privé nom pour le délit de son fils impubere, ce qui est quelquefois arrivé, Maistre Antoine Mornac en rapportant un Arrest de l'an 1565. sur la Loy *Sed etsi 5. §. impubes ff. ad L. Aquiliam*, je n'estime pas que cela puisse estre imputé sur la legitime du fils: parce que l'on ne condamne gueres le pere en ces rencontres, que lorsqu'il est entré un peu de sa negligence dans le délit de son fils, qu'il est obligé de contenir, à l'exemple de ce qui est dit dans l'article 612. de la Coutume de Bretagne, que le mari est obligé de reparer le forfait de sa femme. Aussi en d'autres cas, où il s'agissoit d'un accident subit, que le pere avec toute l'exactitude possible ne pouvoit pas empêcher, on a renvoyé le pere quitte & absous de la demande en reparation civile, qui avoit esté formée contre luy, pour le délit de son fils impubere: comme il paroît par l'Arrest du 24. Janvier 1651. rapporté par du Fresne en son Journal.

23. Si la rançon que le pere a payée pour son fils, luy doit estre imputée sur la legitime.

On demande encore si la rançon que le pere a payée pour son fils, doit estre imputée sur sa legitime. Monsieur d'Argentré sur l'article 526. de la Coutume de Bretagne, conclut pour la negative: & l'on peut rapporter pour cette opinion ce qui est dit en la Loy *Liber captus 17. C. de postlim. reversf. Pro pietatis itaque ratione ab hostibus redempto filio, facti te pœnitere, ac de pretio quicquam tractare, non convenit.* Aussi il semble que celuy qui a donné la vie, doive procurer la liberté, sans laquelle la vie est une mort perpetuelle: & qu'ainsi le fils ne doit pas tenir compte sur sa legitime du prix de sa liberté, comme l'on n'impute pas sur la legitime les frais de l'éducation du fils, parce que sans elle sa naissance ne serviroit de rien.

24. Resolution pour l'affirmative.

Cependant si pour sçavoir si quelque chose doit estre imputée sur la legitime, il faut examiner de quelle consequence la chose est au legitimaire, selon la Loy *Si non mortis 25. ff. de inoffic. testam.* & la Loy *Quoniam Novella 29. C. eod.* & si la chose excede l'entretien & l'éducation du fils, & ce que l'avance coûte au pere, il faut conclure que pour le peu que le prix de la rançon du fils soit considerable, il doit estre imputé sur sa legitime. Aussi la Loy *Liber captus 17. C. de postlim. reversf.* ne dit autre chose à cet égard, sinon qu'au lieu que celuy qui a esté racheté par un étranger, n'est fait libre qu'aprés qu'il luy a payé le prix de sa rançon, le fils, ainsi racheté par son pere, n'attend pas cela pour estre fait libre: & l'on n'a point consideré la redemption du fils pour une des charges de son éducation, non plus que son établissement & son mariage. En effet, l'on ne voit point que l'on ait condamné les peres de payer la rançon de leurs fils, si ce n'est qu'ils fussent Chevaliers de Malthe, comme par l'Arrest de Vinceguerre, rapporté par Maistre Julien Brodeau, lettre C. nomb. 8. Arrest 2. & celuy du 4. Juin 1627. rapporté par du Fresne, cette rançon leur tenant lieu de legitime. Et il est inutile de dire, que c'est par le mouvement d'une pieté naturelle que le pere rachete son fils de prison & d'esclavage. Car toutes les donations qu'il fait à son fils, ont le même fondement, & ne laissent pas la plûpart d'estre imputées sur la legitime du fils. Nous avons des Coutumes qui décident cette question à l'égard du rapport, & qui disent que la rançon y est sujette, Reims, art. 323. Châlons, art. 106.

25. Si les frais du Doctorat & de la reception d'Avocat.

A l'égard des frais du Doctorat & de la reception d'Avocat, quoique quelques Coutumes distinguent au sujet du rapport entre les frais du Baccalaureat, qu'elles exemptent du rapport, & ceux du Doctorat, qu'elles n'en exemptent pas; comme la Coutume de Reims qui vient d'estre citée, celle de Châlons, article 106. celle de Laon, article 95. & 96. Neanmoins comme dans les choses de peu de consequence, il y a lieu de traiter plus favorablement celuy qui est reduit à sa legitime, que celuy que l'on oblige au rapport, plusieurs estiment que ces sortes de frais ne doivent point estre imputez sur la legitime: en quoy je voudrois encore examiner, si ces frais ne sont point trop considerables eu égard aux biens du pere. Car si un pere s'estoit épuisé pour faire un Docteur de Sorbonne, un Avocat ou un Medecin, j'estime que ces frais seront sujets à imputation sur la legitime: ce qui peut estre fondé sur l'esprit de ces Coutumes, qui viennent d'estre citées, lesquelles parlant des frais qu'un pere a faits pour entretenir son fils à la guerre, ou dans les arts liberaux, demandent, pour les dispenser du rapport, qu'ils soient faits moderément selon la qualité des enfans, & avant qu'ils fussent mariez. C'est la disposition précise de la Coutume de Laon, article 95. & celle de Châlons, article 105. dit, *pourvû toutefois qu'ils ayent esté faits moderément & selon leur qualité, & auparavant qu'iceux enfans fussent mariez, ou qu'ils eussent atteint l'âge de 25. ans.* Et je me sers d'autant plus volontiers, dans la matiere de l'imputation sur la legitime, de ce temperamment emprunté de la matiere des rapports, que la legitime estant une certaine partie de ce qu'on auroit eu

ab intestat, & ne se pouvant obtenir qu'à titre d'heritier, l'imputation qui se fait sur la legitime est chez nous une espece de rapport, avec cette seule difference, que le legitimaire estant plus favorable que celuy qui rapporte, comme il a souvent esté dit, on en use un peu plus largement avec luy : ce qui arrive communément dans les choses de peu de consequence, & quelquefois même en choses un peu importantes, comme quand on est obligé de le dispenser d'imputer sur sa legitime ce qui a esté donné à ses propres enfans, sans neanmoins que cette faveur qu'on luy accorde, puisse servir de prétexte de l'égaler personnellement par divers passe-droits aux autres enfans, & de faire sa condition aussi bonne, que si le pere n'avoit pas jugé à propos de le reduire à la legitime.

16. Si le pere ayant institué un étranger & substitué son fils, le profit de cette substitution doit estre imputé sur la legitime du fils.

Pour venir à present au second principe de la matiere des imputations, que l'on n'impute sur la legitime, que ce qui vient des biens du pere, *ex ipsa substantia patris*, il est bon de proposer le texte du Droit sur lequel il est fondé, c'est la Loy *Quoniam Novella 29. C. de inoffic. testam.* qui dit sur la fin, *tam dotem datam, quam ante nuptias donationem, præfato modo volumus imputari, si ex substantia ejus profecta sit, de cujus hereditate agitur*; & la Loy *Scimus* du même titre au commencement, qui porte, *repletionem fieri ex ipsa substantia patris; non sicut ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi : ut puta usufructus. Humanitatis enim gratia sancimus ea quidem omnia quasi jure quidem adventitio eum lucrari; repletionem autem ex rebus substantiæ patris fieri :* Or comme l'on voit dans ce dernier texte, une repetition de cette condition, que ce que l'on veut imputer sur la legitime du fils, soit des biens du pere, l'on demande si le pere ayant donné à un étranger, & luy ayant substitué son fils, ce que le fils reçoit à ce titre doit estre imputé sur sa legitime.

17. Explication de la Loy *Scimus C. de inoff. testam.*

Quelques modernes ont crû que ce texte de la Loy *Scimus*, qui vient d'estre rapporté, décide pour la negative, & que cette substitution contribuera seulement à la legitime, mais ne sera pas imputée en son entier sur la legitime : & ils prennent ce texte de cette maniere, & supposent que le sens en est, que le pere ait fait la substitution : Au lieu que ce texte suppose une substitution faite par un étranger, qui a d'abord institué le pere, & aprés luy a substitué le fils, laquelle substitution ne sera pas imputée sur la legitime du fils : parce qu'elle ne vient point des biens du pere, *ex ipsa substantia patris :* & c'est ainsi que Monsieur Cujas en sa Consultation 24. explique cette Loy.

18. Preuve de cette explication.

En effet, si la Loy avoit supposé la substitution faite par le pere, elle en auroit ordonné l'imputation : parce que c'est une maxime constante, que le substitué tient la substitution du testateur, & non pas de l'institué. Et la Loy établissant pour regle, que ce qui s'impute, doit estre des biens du pere, elle auroit décidé, en ce cas, pour l'imputation : ou si elle avoit voulu que l'imputation ne se fist pas, elle auroit posé pour principe, que ce qui s'impute sur la legitime, doit venir directement du pere au fils, sans l'interposition d'aucune autre personne : Aprés quoy elle auroit décidé, que la substitution estant faite par un pere, qui d'abord a institué un étranger, & ensuite a substitué son fils, ne doit pas estre imputée sur la legitime du fils; mais comme la Loy en cet endroit établit pour maxime, que ce qui s'impute doit estre *ex ipsa substantia patris*, en parlant de substitution, elle a supposé qu'elle estoit faite par un étranger, qui avoit institué le pere, & luy avoit substitué le fils, ou qui avoit institué le pere & le fils : ensorte que toute la succession fût accrûë au fils, au moyen de la renonciation du pere, & a décidé qu'en l'un & l'autre cas, ce que le fils gagne à titre de substitution, ou par droit d'accroissement, ne s'impute pas sur la legitime : ce qui est tres-veritable, quoiqu'il y eût un peu plus de difficulté à l'égard du droit d'accroissement, qui ne vient qu'en consequence de la renonciation du coheritier, ou du collegataire; mais qui est fondé neanmoins sur la présomption de la volonté du testateur. Ainsi dans la question proposée, où nous supposons qu'un pere ait institué un étranger, & luy ait substitué son propre fils, on ne se peut dispenser d'imputer la substitution sur la legitime du fils : parce qu'elle est composée des biens du pere, & c'est une disposition qui émane de luy : car c'est la condition requise par les Loix 29. & 36. *C. de inoffic. testam.* qui viennent d'estre rapportées.

18. Si ce qui vient par accroissement est imputé sur la legitime.

La seconde question est de sçavoir, si ce que le fils obtient des biens du pere par droit d'accroissement, luy doit estre imputé sur sa legitime : & l'on convient déja, que si c'est par droit hereditaire, l'imputation a lieu : comme au cas qu'un pere ayant institué son fils & plusieurs étrangers, il arrive que l'un de ces étrangers renonce : ou au cas que le fils estant institué *in re certa*, l'heritier universel renonce, la succession estant déja épuisée par des donations: car y ayant un principe d'universalité, même dans l'institution *in re certa*, l'accroissement se fait en vertu de la disposition, ou au moins de la volonté présumée du testateur, *L. 9. §. 13. L. 10. & 11. ff. de hered. instit.* Ainsi la question doit estre au cas que l'accroissement se fasse au profit d'un fils legataire de son pere.

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative.

Et il semble qu'il faut dire, que tout accroissement qui s'est fait dans le temps que la legitime est dûë, c'est à dire, lors de la mort du testateur, comme par le prédecés du collegataire, ou par son incapacité, doit estre imputé sur la legitime du fils : soit qu'il se soit fait à la personne, comme en matiere de legs d'usufruit; soit qu'il se soit fait à la chose, comme en matiere de legs de proprieté. Que si l'accroissement arrive depuis comme en matiere de legs d'usufruit, où il se peut faire en tout temps, même aprés l'acceptation du legs, *L. 1. §. 1. ff. de usufr. accresc.* alors il ne s'impute pas.

En effet, sans s'embarasser dans toutes les distinctions que les Docteurs font sur ce sujet, n'est-il pas juste qu'un fils que son pere a conjoint peut-estre expressément avec un autre legataire, afin de le faire profiter du tout dans le cas du droit d'accroissement, impute le tout sur sa legitime, & sa conjonction n'opere-t-elle pas en ce rencontre la même chose, que l'universalité de l'institution ? Ainsi lorsque l'on convient que l'accroissement se faisant en vertu d'une institution, doit estre imputé, pourquoy ne consentira-t-on pas que quand il vient en vertu d'une conjonction, qui a esté faite peut-estre à dessein par le testateur, il soit aussi imputé sur la legitime ? Car de dire que ce qui arrive ainsi, ne vient pas au fils de la disposition du pere, mais par une espece d'aubeine, cela n'est pas considerable: puisque dans nostre Droit la portion dheritage, ainsi

accrûë, seroit un propre paternel en la personne du fils, comme estant censée donnée par le pere, de qui elle vient immediatement, la renonciation du collegataire, ou son incapacité produisant cet effet, que le conjoint par paroles & par la chose, semble avoir esté fait legataire de la chose entiere : ainsi il y a sujet de l'imputer toute entiere sur la legitime.

Resolution pour la negative.

Resolution pour la negative. Nonobstant cela, il faut dire, que ce qui vient ainsi au legitimaire par droit d'accroissement, n'est point imputé sur sa legitime, le fils ne l'ayant point en vertu de la disposition, mais par bonne fortune, & son titre n'estant point universel, mais particulier, ainsi ne comprenant point ce qui avoit esté donné au collegataire. Que si les immeubles, dont le fils profite à ce titre, sont propres en sa personne, parce que l'on ne considere point le titre intermediaire du collegataire, il ne s'ensuit pas qu'ils doivent estre imputez sur la legitime du fils. De même que les immeubles qui viennent aux enfans de l'un & l'autre chef de l'Edit des secondes nôces, estant propres en leurs personnes, ne s'imputent pas neanmoins sur leur legitime. En un mot, le fils tient plûtost cela de la disposition de la Loy, qui a favorisé le droit d'accroissement pour empêcher la caducité du legs, que de la liberalité du pere. C'est un droit d'aubeine en sa personne, comme ce qui luy seroit venu par commise, ou par confiscation, ou par droit d'alluvion.

30. Si la substitution pupillaire faite au profit du legitimaire, s'impute sur la legitime. La troisiéme question est de sçavoir, si le pere ayant substitué pupillairement le legitimaire à un de ses freres, & la substitution pupillaire ayant eu lieu, elle doit estre imputée sur la legitime ? La raison de douter est, qu'en ce cas, le testament du pere & du pupille sont un même testament. Et c'est pour cela qu'il n'est pas permis à la mere de se plaindre de cette substitution, *quia pater hoc ei fecit*, dit la Loy *Papinianus §. sed nec ff. de inoff. testam.* que d'ailleurs il est défini que ceux qui sont les heritiers necessaires du pere, le sont aussi du fils impubere à qui le pere les a substituez, *L. 2. §. 4. vers. usque adeo ff. de vulg. & pupill. subst.* & qu'enfin la substitution pupillaire estant faite au profit de la mere, on luy fait payer pour cela les droits Seigneuriaux, quoique d'ailleurs ils ne sont pas dûs pour succession ni pour donation en ligne directe.

31. Resolution pour l'imputation. Nonobstant tout cela, il faut dire, que le profit qui vient au legitimaire de cette substitution, ne se doit point imputer sur sa legitime dans le païs de Droit écrit : parce que cela n'est point *ex ipsa substantia patris*, comme dit la Loy *Scimus vers. repletionem C. de inoff. test.* Outre que la substitution pupillaire n'est ouverte que par le decés du pupille : au lieu que la legitime est dûë du jour du decés du pere. Aussi l'on ne confond pas tellement dans la substitution pupillaire le testament, que le pere fait pour son fils impubere, avec celuy qu'il fait pour luy-même ; que souvent le substitué pupillairement ne soit different de celuy que le pere institüe pour son propre heritier, qui est quelquefois le pupille même.

32. Si le legs de la chose d'autruy s'impute sur la legitime. Si le pere a legué à son fils une chose, qu'il sçavoit bien appartenir à autruy, le legs en estant bon & valable, & l'heritier estant obligé de donner la chose, s'il la peut acquerir, sinon l'estimation : Ensorte que le grand Papinien en la Loy *Mevius 65. §. 6. de legat. 2.* conclut que celuy qui n'a qu'un droit d'usufruit en la chose, la leguant purement & simplement, l'heritier doit la chose en pleine proprieté, ou son estimation ; en ce cas donc, elle sera imputée sur la legitime du fils : parce que c'est la même chose que de donner de ses biens, ou d'obliger son heritier d'en acquerir d'une main étrangere, pour les donner à celuy que l'on en veut gratifier, ou de l'obliger au moins de luy en payer l'estimation, & c'est le sentiment de Michel Grassus *§. legitima qu. 20. n. 4.* qui dit, que quand en ce cas on fournit au legataire la chose d'autruy, elle devient un bien de la succession : parce que le testateur a laissé à son heritier de quoy l'acquerir, & l'a avantagé à proportion de la charge qu'il luy a imposée.

Le retranchement qui se fait des donations en vertu de l'Edit des secondes nôces, estant donné aux enfans comme enfans, & non point comme heritiers, suivant le *§. extantes* de la Loy *Hac edictali*, & l'Authentique *ha res C. de secund. nupt.* & estant un benefice qui leur vient de la disposition de la Loy, & non pas de la liberalité de leurs parens, ne s'impute point sur leur legitime. Et il ne faut point considerer en cela que les biens sujets à cette reduction sont partie du patrimoine qui a esté laissé par le pere ou la mere ; & qu'ainsi aux termes de la Loy *Quoniam Novella 29.* sur la fin, & de la Loy *Scimus 36. vers. repletionem*, il y a l'imputation : parce que ces Loix semblent ne demander autre chose pour l'imputation sur la legitime, sinon que les biens procedent *ex substantia patris* : car ce n'est pas assez que les biens dont le legitimaire profite, soient des biens du pere, il faut encore que le fils les ait eus de la disposition du pere. En effet, toutes les choses que la Loy declare sujettes à cette imputation, viennent au fils de la liberalité du pere, comme les dispositions testamentaires, les dots, les donations pour cause de nôces, l'Office que le pere luy a acheté ; & au contraire tout ce qui ne vient précisément de la disposition du pere, la Loy le declare exempt de cette imputation : comme ce qui vient au fils par droit d'accroissement, & en vertu d'une substitution faite du fils au pere par un étranger, & c'est la decision formelle de la Loy *Scimus 36. vers. repletionem C. de inoff. testam.* Or ce qui vient au fils en vertu de l'un & l'autre chef de l'Edit des secondes nôces, ne luy vient point de la liberalité du pere ; mais de celle de la Loy, qui reforme la disposition du pere, & met des bornes à l'amour excessif qu'il a témoigné pour son second lit ; tellement que le fils tient cela de la prudence de la Loy, contre la volonté & la prodigalité du pere. Aussi la Loy *Hac edictali C. de secundis nupt.* au commencement, marque assez qu'elle entend donner le retranchement qu'elle ordonne sans préjudice de la legitime, & sans que ce retranchement puisse estre imputé sur la legitime, lorsqu'aprés avoir dit que la mere qui se remarie, ne peut pas donner à son second mari plus qu'à celuy des enfans qui prend le moins en sa succession, elle ajoûte : *Ita tamen ut quarta pars, quæ eisdem liberis debetur, ex legibus nullo modo minuatur ; nisi ex his causis quæ de inofficioso excludunt querelam.* 33. Si le retranchement qui se fait au profit des enfans en vertu de l'Edit des secondes nôces, s'impute sur leur legitime.

Nous avons dit, que ce qu'un étranger donne au pere pour restituer au fils, ne s'impute point sur la legitime du fils, qui tient la chose de la liberalité de l'étranger ; & non pas de la disposition de son pere : & c'est le sens dans lequel il faut entendre la Loy *Scimus vers. repletionem C. de inoffic.* mais il y a une exception à apporter, lorsque la chose est laissée au fils en qualité d'heritier de son pere, comme il arrive souvent dans les infeodations, les accensemens, ou les emphyteoses : 34. Si ce qu'un étranger donne au pere pour restituer au fils, s'impute sur la legitime.

teoses : car, en ce cas, le fils est obligé d'imputer sur sa legitime, le profit qu'il tire de la disposition : Aussi les biens ainsi sujets à restitution, le sont aussi aux charges, & aux dettes du pere, comme il a esté jugé par trois Arrests rapportez par Gouget en son Traité de Criées, partie 3. quest. 7.

35. Si ce que l'ayeul donne au fils à la charge de restituer au petit-fils, doit estre imputé sur la legitime du petit-fils dans les biens du fils, & 1. supposé que le fils fut unique.

Que si l'ayeul donne au fils, à la charge de restituer au petit-fils, c'est une question de fait, de sçavoir, si le petit-fils sera obligé d'imputer la chose sur la legitime qu'il demande sur les biens du pere ? car si l'ayeul n'avoit que ce seul fils, comme il n'a esté obligé à aucun rapport, n'ayant aucuns coheritiers, le petit-fils n'imputera pas la chose qui luy vient de la disposition de l'ayeul, sur la legitime dans les biens du pere. Aussi ne sera-t-il pas obligé de la rapporter à sa succession, comme il a esté jugé par l'Arrest du Lundy 23. Février 1632. qui sera expliqué dans le Chapitre des Rapports.

36. Quid si le fils n'est pas unique, mais a renoncé à la succession de l'ayeul.

Il en est de même, au cas que l'ayeul ait eu plusieurs enfans, & que le fils à qui il a ainsi donné, à la charge de restituer au petit-fils, ait renoncé à sa succession, en consequence des avantages que l'ayeul luy avoit faits personnellement, & de crainte d'estre obligé de les rapporter : car il n'en seroit pas de même s'il avoit renoncé, pour ne pas rapporter ce que l'ayeul avoit donné au petit-fils, auquel cas il se constitueroit en quelque façon donateur, même en renonçant pour l'amour de luy, & le petit-fils seroit tenu d'imputer sur sa legitime dans les biens du pere, ce qu'il auroit reçû de l'ayeul.

37. Quid si ce fils non unique s'est porté heritier.

Que si l'ayeul ayant plusieurs enfans, le fils donataire s'est porté heritier, comme il a esté obligé, en ce cas, de rapporter non-seulement la donation qui luy a esté faite, mais encore celle qui a esté faite au petit-fils, suivant l'article 306. de la Coutume de Paris, & que par consequent, il est censé avoir donné au petit-fils ce qu'il a esté obligé de rapporter pour luy, en ce cas, il est indubitable que le petit-fils sera obligé d'imputer la chose sur sa legitime en la succession du pere.

38. Si le fils impute sur sa legitime ce qui a esté donné à ses enfans.

Que si l'ayeul a donné au petit-fils, le fils sera-t-il obligé d'imputer la chose sur sa legitime, comme il seroit obligé de la rapporter à la succession *ab intestat* ? Et il semble qu'il faut dire indistinctement qu'il n'est point obligé de faire cette imputation, parce que ce seroit un moyen de gréver la legitime du fils contre la disposition des Loix 29. 30. 32. & 36. *C. de inoff. testam.* En quoy il y a une difference notable entre l'imputation sur la legitime, & le rapport, dont la raison est double : car outre que la personne du legitimaire à qui on fait faire l'imputation, est plus favorable dans le general, que celle de l'heritier que l'on oblige au rapport, le pere reduit à sa legitime seroit extrêmement lezé par cette imputation ; au lieu que quand il rapporte la même donation dans la succession *ab intestat*, souvent il ne laisse pas d'y trouver beaucoup plus qu'il ne luy est dû pour sa legitime : Aussi il y a un Arrest du 25. Février 1669. qui a jugé la chose en termes précis, entre les sieurs de Medavy & de Grancey d'une part, & Dame Eleonore d'Estampes de Valencé, veuve de Monsieur de Mouchy d'Hocquincourt, Maréchal de France, & Messire Gabriel de Mouchy d'Hocquincourt, d'autre part. Mais pour examiner si cette décision doit avoir lieu dans toutes les especes qui se peuvent presenter, il faut ainsi distinguer.

39. Quid s'il poursuit sa legitime contre ses propres enfans.

Le fils peut poursuivre sa legitime ou contre ses enfans mêmes à qui l'ayeul a donné, ou contre ses freres & sœurs, ou contre des étrangers. Et il est certain que si le fils poursuit sa legitime contre ses propres enfans, à qui l'ayeul a donné, on ne peut pas imputer sur sa legitime les donations faites aux petits-fils : car il n'est pas juste de luy imputer sur sa legitime ce qui blesse sa legitime.

40. Quid s'il la poursuit contre ses freres & sœurs

Que s'il poursuit sa legitime contre des freres & sœurs, il y a plus de difficulté. Car si l'on

Raisons pour l'imputation.

Raisons pour l'imputation.

jugeoit qu'il ne fût pas obligé, en ce cas, d'imputer ce qui a esté donné à ses enfans, il s'ensuivroit qu'un ayeul pourroit avantager la branche d'un de ses fils, & faire sa condition meilleure que celle des autres : puisqu'il seroit aisé de donner par donations entre-vifs aux enfans de ce fils, qui ne laisseroit pas aprés cela de demander sa legitime contre ses freres & sœurs legataires ou heritiers *ab intestat* : ce qui paroist d'autant plus injuste, que l'imputation qui se fait par le legitimaire, au respect de ses freres & sœurs, est un veritable rapport, ou que l'on peut dire au moins, qu'elle tient lieu de rapport, le legitimaire estant un veritable heritier.

41. Veritable raison de l'imputation en general.

On peut ajoûter que l'imputation sur sa legitime, ne se fait pas tant pour établir l'égalité, autant qu'il se peut, comme pour faire que le pere ayant la faculté de disposer, & ayant voulu réduire son fils à sa legitime, ce fils y soit réduit actuellement, ce qui n'arriveroit pas, si on ne luy imputoit ce qu'il a reçû, & si conservant les donations que le pere luy a faites, ou à ses enfans, il estoit encore reçû à demander sa legitime en son entier, & à se plaindre que son pere, ou n'auroit pas du tout, ou n'auroit pas assez consideré son sang. Ce seroit éluder absolument cet établissement de l'imputation sur la legitime, principalement lorsqu'il poursuit sa legitime contre ses freres & sœurs : puisque l'on reçoit à peu prés également par les mains de ses enfans, ou par soy-même, & c'est la raison pour laquelle on a assujetti le fils de rapporter de pareilles donations à la succession, & il n'y a point de difference, à cet égard, entre la Loy du rapport, & celle de l'imputation sur la legitime. La Loy *Quoniam Novella 29*, disant non-seulement que la dot & la donation à cause de nôces constituées par les ayeuls, sont sujettes à estre imputées sur la legitime du fils, mais ajoûtant que c'est à l'exemple du droit de rapport, ce qu'elle repete deux fois, pour mieux marquer la ressemblance qu'il y a entre ces deux droits.

Raisons & resolution pour l'imputation.

Raisons & resolution contre l'imputation.

Il faut dire nonobstant cela, que l'ayeul ayant ainsi disposé au profit de ses petits-fils par donations entre-vifs, & ayant fait ses autres enfans ses legataires universels, le fils à qui l'ayeul n'a rien laissé, ou à qui il a laissé moins que sa legitime, pourra poursuivre sa legitime contre ses freres legataires universels, sans estre obligé d'imputer ce qui a esté donné à ses propres enfans, parce que sa legitime ne peut jamais estre grévée, selon les Loix qui viennent d'estre citées, ce qui arriveroit si on l'obligeoit à cette imputation. Et cette opinion est d'autant plus juste, que si les freres, contre qui la legitime se poursuit, se prétendent lezez en fournissant cette legitime, sans pouvoir opposer l'imputation, ils n'ont qu'à renoncer à leurs legs, & accepter la succession *ab intestat*, auquel cas leur frere ne pourra venir avec eux, sans rapporter ce qui a esté donné à ses enfans.

42. Que la legitime ne peut jamais estre grévée, & que ce seroit la gréver que de faire cette imputatiõ.

Que s'ils veulent conserver leur legs, c'est une marque qu'ils trouvent encore leur avantage à fournir la legitime de cette maniere. Et c'est volontiers le motif de l'Arrest du 25. Février 1669. qui vient d'estre cité. L'on peut rapporter à cela l'exemple du doüaire, dans lequel non seulement l'on n'impute pas à la veuve doüairiere ce qui a esté donné à ses enfans, mais même, selon l'opinion de plusieurs, si un pere a donné aux enfans de son fils, & que ce fils renonce à sa succession, en se tenant au doüaire, il ne souffre point non plus cette imputation.

43. Réponse aux objections. L'on opposera peut-estre, que nostre décision principale semble contraire à quantité d'autres, dans lesquelles nous avons conclu pour des imputations, qui sont même défenduës par les textes du Droit, comme de l'excedant du simple usufruit, ou de la nuë proprieté, ce que nous avons voulu appuyer sur des motifs d'équité.

La réponse est, que ce que nous avons jugé en ces especes, devoir estre imputé sur la legitime du fils, luy estoit donné à luy-même & non pas à autruy, & qu'il n'y auroit rien de plus injuste, que d'imputer sur sa legitime ce qui a esté donné à ses enfans, ce qui seroit étendre la disposition de la Loy penultiéme *ff. de curat. fur.* hors l'espece pour laquelle elle a esté faite, & le cas de la prodigalité du fils, qui est le seul dans lequel on peut gréver sa legitime en faveur de ses enfans: Or ce seroit icy, à proprement parler, gréver la legitime, car elle n'est point grévée, quand on recompense par un excedant d'usufruit, ou de nuë proprieté, le défaut de la pleine proprieté, qui est dûë pour la legitime, & quand on impute au legitimaire des choses dont il profite personnellement, mais elle l'est en effet, si on luy impute ce que d'autres ont reçû, quand même ce seroient ses propres enfans.

☞ La difficulté est de sçavoir, s'il n'y aura pas du tout de rapport; ou si le legitimaire ne rapportera pas comme un demi-heritier, de même qu'il supporte les dettes; ou si on ne luy fera pas rapporter la donation faite à ses enfans, en ce qu'elle excede sa legitime. J'estime qu'il se faut tenir à nostre décision, que le legitimaire ne souffre d'imputation que de ce qui luy est donné à luy-même: car dans les temperammens proposez, souvent il n'auroit pas sa legitime. En effet, si on suppose qu'un pere ait laissé 40000. livres de bien en acquests, & quelque petit propre de nulle valeur, qu'il ait deux enfans, & de l'aîné des petits enfans, lesquels il fait ses legataires universels, que l'aîné voulant venir à partage des retranchemens & du peu qu'il y a, son puisné luy oppose qu'il doit rapporter le legs universel de ses propres enfans: & que l'aîné ne pouvant s'exempter autrement de ce rapport, se tienne à sa legitime; en cette espece, si on oblige l'aîné, qui devient legitimaire, à rapporter ce en quoy la donation faite aux petits-fils excede sa legitime, il est certain qu'il n'aura pas la sienne: car, comme on suppose, tous les biens meubles ou acquests, le legs est bon pour le tout, sauf la legitime: ainsi le puisné, aussi-bien que l'aîné y est reduit par cette disposition. Et leur legitime allant à 20000. livres pour les deux, l'aîné, qui doit avoir 10000. livres pour la sienne, rapportant 10000. livres pour l'excedant du legs des petits-fils, le fond des deux legitimes se trouvera de 30000. livres, dont l'aîné aura moitié, sur laquelle moitié déduisant les 10000. livres qu'il aura rapportées pour ses enfans, il ne luy restera que 5000. livres pour sa legitime, quoiqu'elle doivent monter à 10000. livres, si au contraire on le faisoit rapporter comme un heritier, il rapporteroit 20000. livres, qui joints aux 20000. livres retranchées avec la legitime, font le 40000. livres, ce qui feroit que son rapport consommeroit sa legitime.

Il est donc juste encore un coup de s'en tenir à nostre principe, que le legitimaire ne rapporte que ce qui luy est donné à luy-même, afin que sa legitime ne soit point grévée.

Que si cela produit de l'inégalité entre les branches, au moins ce n'est pas entre les branches coheritieres, mais collegitimaires: Or la legitime n'est pas un titre d'égalité, outre qu'elle est personnelle.]

Que si la legitime se poursuit par le fils contre des legataires étrangers, il est sans doute qu'il n'est point obligé d'imputer ce qui a esté donné à ses enfans, puisque ni la qualité du legitimaire, ni celle des legataires, ne demande point cette imputation. Aussi en matiere de doüaire, & selon l'opinion commune, le fils qui se porte doüairier n'impute point sur son doüaire ce que l'ayeul a donné à ses enfans, ce qui vient d'estre dit, ni même le petit-fils, lequel prend le doüaire dans la succession de son ayeul, en cas de prédecés de son pere, ne rapporte point non plus ce que l'ayeul pouvoit avoir donné à son pere. 44. Quid si le fils poursuit sa legitime contre des legataires étrangers, imputera-t-il ce qui a esté donné à ses enfans.

On peut proposer une question approchante, de sçavoir, si le petit-fils, qui renonce à la succession de son pere, & qui demande à ses oncles sa legitime sur celle de son ayeul, doit imputer sur sa legitime ce que son ayeul a donné à son pere, à titre de dot ou autrement: car ce qu'il y a à considerer en cette espece, & ce qui en fait la difference d'avec la précedente, c'est que le petit-fils ne peut venir que par representation à la succession de son ayeul, & même par une representation actuelle, quand il y vient avec des oncles: ainsi il semble qu'il est obligé d'imputer ce que le même ayeul a donné à son pere, lequel il represente, l'Authentique *de here l. ab intest.* au commencement, disant que le representant ne doit avoir que ce qu'auroit eu le representé, *quantam eorum parens, si viveret, habuisset.* 45. Si l'ayeul ayât donné à son fils, le petit-fils imputera cette donation sur sa legitime en la succession de l'ayeul; quoiqu'il ait renoncé à la succession de son pere fils de l'ayeul.

Resolution contre l'imputation.

Cependant il y a lieu de conclure contre l'imputation: car quand on suppose une fois le petit-fils legitimaire, il ne doit imputer que ce qu'il reçoit actuellement, la legitime, qui tient lieu d'alimens, ne souffrant jamais d'imputation, que des choses qui ont esté données au legitimaire même, ou de celles dont il profite comme heritier du donataire. Aussi le droit de representation ne fait rien icy: car la raison pour laquelle on a jugé, dans la matiere des rapports, que le petit-fils, quoique renonçant à la succession de son pere, estoit obligé de rapporter à la succession de son ayeul, ce que son pere en avoit reçû, n'est pas tirée du droit de representation, mais l'équité, qui persuade de garder, autant qu'il se peut, l'égalité entre les branches. Car au surplus la renonciation du petit-fils à la succession de son pere, semble détruire l'effet de la representation: Or cette raison d'égalité ne milite point icy, puisque si l'on suppose qu'un pere ayant un fils & une fille, ait marié la fille, qui prédecede, laissant des enfans, & qu'il fasse son fils son legataire universel en tous les biens qui luy restent, & que les enfans de cette fille prédecedée demandant leur legitime contre leur oncle, cet oncle se veüille tenir à son legs universel, au lieu d'y renoncer, & se porter heritier,(auquel cas il obligeroit ses Resolution contre l'imputation.

neveux au rapport,) c'est une preuve qu'il luy reste dans son legs universel, audelà de la valeur de la legitime de ses neveux, & de la dot donnée à sa sœur. Quoy qu'il en soit, il ne peut opposer la raison d'égalité, tandis qu'il se tient à cet avantage. Ainsi la raison d'égalité, pour laquelle on ordonne le rapport en cette espece, manque, quand il s'agit d'une imputation sur la legitime, & au contraire cette raison d'égalité veut qu'il ne se fasse aucune imputation sur la legitime du petit-fils, de ce qui a esté donné à son pere: puisque cela contribuera à remettre les choses dans la voye de l'égalité, & du droit commun, comme il vient d'estre dit. C'est ainsi que nous avons dit, que le petit-fils qui accepte le doüaire en la succession de son ayeul, ne rapporte point ce que l'ayeul a donné à son pere.

Réponse aux objections.

Réponse aux objections.

L'on dira peut-estre, que ce qui est donné au fils, est reputé donné à toute sa branche, & par consequent, se doit imputer sur la legitime du petit-fils, mais je réponds que cela est bon en matiere de rapports, & quand il s'agit de conserver l'égalité des branches; mais non quand il est question d'une imputation sur la legitime, dans laquelle toute la faveur est du costé du legitimaire, & dans laquelle celuy qui a droit de legitime, soit au premier, soit au second degré, ne doit souffrir aucune imputation, que de ce qu'il a reçû de son chef, ou comme heritier de son pere; puisque sa legitime luy tient lieu d'alimens.

D'ailleurs, ce qui montre que cette objection a un faux fondement, c'est que si l'on veut que ce qui est donné au fils, soit reputé donné à toute sa branche, il seroit aussi juste de dire que ce qui est donné au petit-fils soit reputé donné au fils, & conclure aussi dans la question précedente pour l'imputation. Cependant presque tout le monde convient du contraire: par consequent il faut dire qu'il n'y a point d'imputation en nostre espece. Car je ne vois point de raison de difference, qui ne soit avantageuse aux petits-enfans dans la seconde espece, & si ce qui est donné à un fils est reputé donné à sa branche, ce qui est donné aux enfans du fils est encore bien plus reputé donné au fils; puisqu'il ne leur est donné qu'en sa consideration, suivant la Loy *Dotem 6. ff de collat. bon.* qui dit, *occurrit aequitas rei, ut quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit; perinde sit, atque si ipse dederim.* Et il sembloit que Maistre Charles du Molin eût incliné pour ce parti, puisque quand sur le cons. 24. du liv. 1. d'Alexandre, il a examiné l'opinion de Bartole, qui croyoit que le fils heritier de sa mere ne devoit pas imputer sur sa legitime dans les biens de son ayeul maternel, la dot que sa mere en avoit reçûë, sous pretexte que cette dot ne venoit pas directement des biens de l'ayeul, il la contredit principalement par cette raison, que supposé que le fils soit heritier de sa mere, il est obligé de faire cette imputation, comme elle y auroit esté obligée elle-même. *Quid enim,* dit-il, *absurdius quam filiam ipsam; si supervivat, teneri imputare dotem suam in legitimam, & hunc nepotem ex ea praedefuncta heredem matris, & tandem dotem habentem, non teneri eam imputare?* Ainsi l'on peut croire que s'il avoit donné son avis en ce temps sur l'espece dont il s'agit, & s'il avoit présupposé que la petite-fille n'eût rien touché de la dot constituée au profit de sa mere, au moyen de ce qu'elle avoit renoncé à sa succession, il auroit conclu contre l'imputation: autrement en parlant de l'espece traitée par Alexandre, il n'auroit pas manqué de dire, par forme d'impliation, que l'imputation eût dû se faire, au cas même que la petite-fille eût renoncé à la succession de sa mere, & eût demandé sa legitime sur les biens de son ayeul. Mais il faut convenir qu'il n'a pas toûjours soûtenu ce préjugé qu'il avoit donné sur les conseils d'Alexandre, puisque lorsqu'il a traité la chose une seconde fois dans ses Conseils de Dôle, consl. 35. nomb. 26. il dit précisément que le petit-fils est tenu d'imputer sur sa legitime, en la succession de l'ayeul, ce qui avoit esté donné à son pere, à la succession duquel il avoit renoncé. Il demeure aussi d'accord que son avis resiste à la commune opinion, & specialement à celle de Bartole sur la Loy *Post dotem ff. soluto matrim.* sur la Loy *In quartam ff. ad L. falcid.* & sur la Loy *In illam C. de collat. Quare dico tametsi contra Bartolum & omnes.*

46. Differens avis de Maistre Charles du Molin sur la question.

☞ Il faut conclure de ce qui vient d'estre dit, que si un pere a doté sa fille unique, qui fait mal ses affaires: ensorte que venant à déceder devant le pere donateur, ses enfans renoncent à sa succession, & que le pere ayeul des petits enfans, donne à l'un d'eux, & réduise par là ses autres petits enfans à leur legitime dans sa succession, ceux-cy ne seront pas obligez d'imputer sur la legitime, qu'ils poursuivent contre leur frere donataire de leur ayeul, ce qui a esté donné à leur mere, parce qu'ils n'en ont point profité, ayant renoncé à sa succession, & que ce qui est donné à autre qu'au legitimaire, sans qu'il en profite directement ni indirectement, ne peut pas estre imputé sur sa legitime, & tout au contraire cette donation faite à la mere commune, doit entrer dans la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime, à l'effet de l'augmenter, parceque l'ayeul en faisant cette donation à sa fille, a dû prévoir le cas qui est arrivé depuis, & que sa fille qui avoit plusieurs enfans, pouvoit dissiper, la dissipation que la mere a faite de sa dot, n'empêchant pas que cette dot n'entre dans cette masse, & l'ayeul ayant dû d'autant plus pourvoir à ses petits-fils, qu'il avoit plus de bien.

A plus forte raison, si un pere substituë ses petits-fils à son fils prodigue, suivant la Loy penult. *ff. de curator. fur. & aliis extra min. dand.* & que les creanciers du fils viennent à demander sa legitime en pleine proprieté, comme ils le peuvent aux termes des Arrests, en ce cas ils n'imputeront point sur cette legitime du fils, la substitution faite au petit-fils, qui n'est plus que de l'excedant de sa legitime, jusques à concurrence de sa part afferante.

Si le fils donataire qui doit la legitime à ses freres, a prêté au pere depuis la donation, il en doit d'autant moins pour la legitime, parce qu'il a rendu partie de la donation, par ce prêt qu'il a fait au donateur, & comme le prêt fait au fils est censé donation sujette au rapport & à l'imputation sur la legitime; aussi le prêt fait au pere depuis sa donation, est censé une déduction sur la donation même, estant aussi naturel à un fils de rendre à son pere, qui l'a déja honoré de ses bienfaits qu'au pere de donner au fils. Aussi on ne disconviendra pas que s'il s'agissoit en cette espece d'un rapport de succession, le fils donataire ne pût faire déduction de ce qu'il a prêté au pere: Or comme il en devroit moins à ses coheritiers, il en doit moins aussi aux legitimaires. J'apprends même que le sieur Lieutenant Civil du Châtelet de Paris, a ainsi décidé cette question.]

SECTION X.

En quelle nature de biens la Legitime doit estre fournie.

SOMMAIRE.

1. *La legitime est dûë en corps hereditaires.*
2. *Que le legitimaire ne peut pas demander que l'on morcelle les biens.*
3. *Si un donataire d'une somme mobiliaire, peut décharger les immeubles de la succession des dettes qui les absorbent, pour abandonner ces biens au legitimaire.*
4. *Raison de douter.*
5. *Resolution pour la negative.*
6. *Si le fils qui a reçû diverses sommes sur l'étantmoins de sa legitime, est reçû à en demander le restant en corps hereditaires.*
7. *Si l'assignat de la legitime est en la disposition du pere*
8. *Que nous observons mieux que l'on ne faisoit dans le Droit Romain, la regle qui défend de gréver la legitime.*
9. *Quels biens l'arbitre doit assigner au legitimaire.*
10. *Si le legitimaire doit avoir des fiefs de haute dignité.*
11. *Si le puisné legitimaire a part dans un fief qui consiste en un seul manoir, & qui est unique en la succession.*

1. La legitime est dûë en corps hereditaires.

LA legitime doit estre fournie en biens, ou, comme l'on dit, en corps hereditaires : ce qui est commun à l'une & à l'autre Jurisprudence, le Droit définissant en general qu'elle est dûë sur les biens du pere, & en particulier, que c'est une certaine quotité des biens du pere, *tertiam propria substantia partem, hoc est uncias quatuor*, dit la Novelle 18. chap. 1. & le Droit du Digeste, disant, que c'est une certaine partie de ce que le legitimaire auroit eu *ab intestat, quarta legitima partis*, dit la Loy *Papinianus 8. §. quoniam ff. de inoff. testam.* d'où il est aisé d'inferer que, soit que l'on considere la legitime par son assignat sur les biens du pere, soit qu'on la regarde comme une quotité dans les biens du pere, soit qu'on l'envisage comme un diminutif de la portion hereditaire du fils, il est dû au legitimaire des biens de la succession, de l'espece & de la nature dont ils sont, c'est à dire des immeubles, s'il y en a; sinon des meubles & de l'argent comptant, ou des promesses & obligations.

Ç'a esté sur ce fondement qu'au Parlement de Normandie l'on a jugé la dot promise par le frere à sa sœur, & dûë par sa succession, une dette immobiliaire passive, & qu'en cette qualité elle estoit à la charge de ses heritiers des propres : parce que cette dot tenoit lieu de legitime à la fille. L'Arrest en est rapporté au premier tome du Journal du Palais, p. 187.

2. Que le legitimaire ne peut pas demander que l'on morcelle les biens.

En un mot, il est dû au legitimaire sa part & portion, comme à un heritier *ab intestat*, sous ce temperamment neanmoins, que quoy qu'il ait part dans tous les biens, il ne peut pas les ruiner, en les morcellant, suivant ce qui est dit en cas semblable dans les Loix 26. & 27. *de legat. 1.* & en la Loy 2. *C. quando & quib. quarta pars*, qui blâment la conduite de ceux qui veulent corrompre & perdre un patrimoine, en le subdivisant. *Sed multi tanquam corrumpendi totius patrimonii occasione captata, uniuscujusque rei sibi particulam vendicando, adeo totas dilacerant facultates.* Ce que nos Coutumes ont aussi prévû, comme celle de Bretagne, art. 566. & celle de Nivernois, titre des doüaires, article dernier.

3. Si un donataire d'une somme mobiliaire, peut décharger les immeubles de la succession des dettes qui les absorbent, pour abandonner ces biens au legitimaire.

Je suppose qu'un pere a marié une fille, à laquelle il a donné de l'argent comptant, ensuite il est décedé, & a laissé un fils, & pour biens quelques immeubles, mais il a laissé aussi plusieurs dettes passives. Le fils est réduit à demander sa legitime contre la fille, & prétend qu'elle est obligée de luy donner de l'argent comptant, comme elle en a eu en mariage; laquelle au contraire offre de luy donner des immeubles, & de se charger des dettes : & il semble que pourvû que la fille décharge les immeubles de la succession des dettes passives, elle est bien fondée en ses offres, mais il ne luy suffit pas, en cas même que ces dettes passives consistent en rentes constituées, de s'obliger au payement de ces dettes, tandis que les immeubles qui demeureront pour la legitime du fils, resteront affectez à ces mêmes dettes. Ainsi pour rendre ses offres valables, il semble qu'il est necessaire ou qu'elle se fasse accepter pour debitrice, par une novation de personnes, telle qu'en la Loy *Si Stichum 8. §. si ab alio 5. ff. de novat.* & qu'elle fasse décharger les immeubles des hypoteques, ou qu'elle acquitte actuellement ce qui est dû par la succession, mais il semble qu'en ce cas, le fils n'a pas sujet de se plaindre, puisqu'en appurant les dettes, ont fait qu'il reste du bien franc & quitte dans la succession, qui est le premier assignat de la legitime. Que si dans la suite des temps, il paroist encore de nouvelles dettes, le legitimaire estant obligé de déguerpir, aura son recours contre sa sœur, & en tous ces cas les dettes passives doivent toûjours diminuer la masse des biens sur laquelle on fixe la legitime. Voilà ce que l'on peut dire pour faire valoir les offres de la sœur.

4. Raison de douter.

Le frere legitimaire dit au contraire, & avec plus de fondement, que c'est injustement qu'on le veut charger de ces immeubles, qu'il sera obligé de délaisser par hypoteque, sur la poursuite du premier creancier qui se presentera, mais que comme il n'y a point de biens dans une succession, que les dettes n'en ayent esté acquittées. *Illud autem intelligendum filium in bonis habere quod deducto aere alieno in bonis superest*, dit la Loy 2. §. 1. *de collat. bon.* il est bien plus juste que les biens extans soient vendus, pour payer les creanciers, & que sa legitime luy soit donnée en argent. En effet, il n'appartient point à une fille qui a renoncé, & qui se tient aux donations qui luy ont esté faites, de se charger des dettes de la succession de son pere, & en cela elle feroit même acte d'heritiere, parce que cela ne se peut faire *citra nomen & jus heredis*, comme dit la Loy 20. §. 4. sur la fin, *ff. de adquir. vel amitt. hered.* Ainsi cette fille n'estant pas recevable à s'ingerer dans les affaires de la succession aprés sa re-

5. Resolution pour la negative.

nonciation, & ayant interest de ne pas entrer en payement des dettes : d'ailleurs, l'ordre naturel estant de prendre les dettes sur les biens extans lors de la mort, il semble que cet ordre doit estre suivi, & que les dettes absorbant les biens extans, & la donation qui a esté faite à la fille en deniers comptans, estant par consequent inofficieuse, elle doit souffrir le retranchement de la legitime, & l'excés de la donation faite au profit de la sœur, doit retomber dans les mains du frere.

6. Si le fils qui a reçû diverses sommes sur l'étant-moins de sa legitime, est reçû à en demander le restant en corps hereditaires.

L'on forme une seconde question, si le legitimaire, qui a donné plusieurs quittances de diverses sommes de deniers, qui luy ont esté fournies sur l'étant-moins de sa legitime, peut demander que le surplus luy soit fourni en corps hereditaires ? En quoy il faut user de distinction : car si le pere luy ayant legué expressément une certaine somme pour tout droit de legitime, & le legitimaire ayant eu connoissance de la disposition du pere, il a souffert que l'on soit entré en payement avec luy, en ce cas, il semble que pourvû que le legitimaire soit majeur, comme il a executé la disposition du pere, on luy doit seulement fournir le surplus de ce qu'il luy a esté legué, selon Guy Pape, qu. 487. & Oldrad. conf. 113. *in fine.* Mais si un fils réduit à sa legitime, prenant de l'argent de ses freres legataires universels, exprime dans sa quittance, que c'est sur l'étant-moins de sa legitime, il ne suit pas qu'il soit exclus de la demander en corps hereditaires. Ensorte que si le pere n'a laissé que des immeubles, il en aura sa part à proportion de ce qui luy reste dû. Que si le pere a laissé des immeubles & de l'argent comptant, on luy imputera ce qu'il a reçû sur ce qui luy appartient de l'argent comptant, & on luy donnera le surplus en immeubles, & à cet effet l'on procedera par jet des lots : car on fait part à un legitimaire à proportion de ce qu'il luy appartient, comme à tout autre heritier, aussi en ce cas, le legitimaire ne pourra demander précisément de l'argent, mais celuy qui fournira la legitime, sera quitte en luy donnant des biens de la succession. Duranr. quest. 30.

7. Si l'assignat de la legitime est en la disposition du pere.

On demande en troisiéme lieu, s'il n'est pas permis à un pere d'assigner à son fils, en quelle nature de biens il aura sa legitime, & bien loin de soutenir avec plusieurs Interpretes du Droit sur la Loy *in quartam 91. ff. ad legem falc.* que le pere peut assigner sa legitime en argent, qu'au contraire il faut dire que l'assignat de la legitime n'est jamais en la disposition du pere, comme il ne peut pas parmy nous donner un tuteur par son testament, ni ordonner que le bien de ses enfans mineurs, soit vendu sans decret, ni même qu'il soit vendu sans discussion. Que si en ce rencontre l'on s'attache à la disposition du pere, c'est à dire, si le fils l'execute de son bon gré, ou si le Juge y adhere, c'est de la même maniere que si le Juge & les parens confirment une tutele testamentaire ; en un mot, l'on execute moins la disposition du pere, que l'on ne donne de nouveau ce qu'il a voulu donner, & cela par un nouveau jugement, & eu égard au fond de justice qui se trouve en la chose. Car nous estimons la legitime libre, indépendante, parcequelle n'a point sa source dans la liberalité du pere, mais dans la nature & dans

8. Que nous observons mieux que l'on ne faisoit dans le Droit Romain, la regle qui défend de gréver la legitime.

la Loy, & en cela nous suivons mieux que l'on ne fait dans les Provinces de Droit écrit, cette maxime établie par tout le titre du Code *de inoffic. testam.* que la legitime ne doit jamais être grévée, dont l'effet ne consiste pas à permettre au fils, à qui son pere aura legué tous ses biens sous la reserve d'un usufruit de peu de durée, de demander contre la diposition les biens en pleine proprieté jusques à la concurrence de sa legitime, & de conserver avec cela, en vertu de cette même disposition, l'excedant de cette nuë proprieté qui luy a esté leguée, mais consiste principalement à empêcher qu'en aucun cas le pere n'ait droit sur la legitime de son fils, si ce n'est qu'il le satisfasse, & l'oblige par son propre interest, d'executer la disposition. C'est pourquoy si le pere a assigné à son fils une certaine somme pour sa legitime, le fils peut demander, nonobstant cela, des biens de la succession, dont l'affection luy est naturelle, suivant la Loy *Si in emptionem ff. de minor.*

9. Quels biens l'arbitre doit assigner au legitimaire.

L'on demande si l'arbitre du partage qui se fait pour la legitime, doit donner du meilleur ou du pire au legitimaire ? Et il faut dire qu'il doit éviter l'une & l'autre extremité, comme il est dit dans la matiere du legs de choix & option, que celuy à qui on a legué un esclave, ne doit avoir ni le meilleur ni le pire de tous : *ne optimus vel pessimus accipiatur*, dit la Loy 37. *de legat. 1.* En effet, le legitimaire a part dans tous les biens : ainsi il faut qu'il se sente du bien & du mal de chaque espece de biens, suivant le sentiment des Docteurs sur la Loy *filium C. fam. ercisc.* & selon Guy Pape, qu. 606. & 608. sans rien morceller neanmoins, suivant la Loy 2. *C. quando & quib. quarta pars*, ce qui ne se peut faire plus justement, qu'en luy donnant du bien qui soit entre le meilleur & le pire.

10. Si le legitimaire doit avoir des fiefs de haute dignité.

A l'égard des fiefs de haute dignité, qui s'appellent ordinairement *Fiefs Royaux*, & sont les Duchez, les Marquisats, & les Comtez, comme nous avons expliqué en la section 7. qu'ils ne souffrent pas actuellement le retranchement de la legitime, parce qu'ils sont indivisibles de leur nature, il suit que le legitimaire n'y peut rien prétendre, s'il n'est l'aîné de la maison, pourvû qu'on le recompense d'ailleurs, & c'est ce qui a esté jugé même à l'égard d'une simple Baronnie, par un Arrest du 10. Fevrier 1525. rendu entre Dame Anne de Lescure & Nicolas de la Guinerie, & rapporté par Bouchel sur le mot *legitime*, tom. 2. pag. 555. col. 2. ensorte qu'il semble qu'on ait étendu cette Jurisprudence aux Terres considerables, comme par deux Arrests du Parlement de Grenoble, rapportez par Monsieur d'Expilly en ses Arrests chapitre 12. pour deux Terres, l'une appellée *de la Verdiere*, en Provence ; l'autre, la *Jurisdiction de Vauserre & Peagn.* Ce qui n'est pas neanmoins de droit à l'égard des autres Terres que celles que l'on appelle *de haute dignité*, mais dépend de l'équité & de l'arbitrage du Juge qui fait la part du legitimaire. Et les Terres même de haute dignité, peuvent être partagées, quand l'aîné, qui les posséde, n'a pas de quoy recompenser le legitimaire : car, comme il a esté dit en cette section, la Coutume qui fait le partage des biens feodaux entre les enfans, & qui prescrit la qualité de la legitime, ne distingue point les fiefs de dignité d'avec les autres, & la Loy de l'indivisibilité des grandes Seigneuries, n'augmente pas le droit, & le préciput de celuy qui les doit avoir, mais elle luy donne lieu de les conserver en leur entier, en recompensant ses freres & autres coheritiers en autres Terres, ou en deniers, de même qu'en matiere de retrait lignager, la Coutume qui permet à l'heritier des propres de celuy qui a exercé un retrait d'un propre de sa famille, de le conserver, n'augmente pas pour cela le droit de cet heritier, mais elle luy donne lieu

seulement de ne pas laisser passer ce propre en une autre famille, & de le conserver dans sa maison, en recompensant les heritiers des acquests.

11. Si le puisné legitimaire a part dans un fief qui consiste en un seul manoir, & qui est unique en la succession.

Enfin, le puisné estant legitimaire, ne peut avoir sa legitime sur un fief qui est unique dans la succession, & qui ne consiste que dans un principal manoir. Car pourvû qu'il y ait d'autres biens, l'aîné aura ce principal manoir à luy seul, suivant les Arrests déja citez & rapportez par le Vest, chapitre 115. & par Brodeau & Tronçon, sur l'article 17. de la Coutume de Paris, & il suffit même que ces autres biens soient dans la succession par rapport de legitime, comme il a esté montré en la section 8. Que s'il n'y a que ce fief pour tous biens, l'aîné le partagera feodalement avec son puisné, comme il a esté dit au Chapitre des Fiefs, section 1. si ce n'est en la Coutume de Normandie, où il est dit en l'article 336. que tous fiefs sont indivisibles, excepté entre filles, ce qui s'observe nonobstant le consentement des copartageans. Et c'est pour cela qu'il a esté jugé dans cette Coutume par Arrest du Parlement de Roüen du 24. Mars 1672. que le tiers coutumier des enfans qui ne se peut aliener ni decreter à leur préjudice, se trouvant assigné sur une Terre noble, leur devoit estre fourni en deniers seulement, & non en especes.

SECTION XI.

Des fruits de la Legitime.

SOMMAIRE.

1. *Que les fruits & les interests de la legitime courent du jour de la mort.*
2. *Coutumes qui en disposent ainsi.*
3. *Autoritez des Docteurs.*
4. *Que cela se juge ainsi à Bordeaux & à Toulouse.*
5. *Que c'est un usage incontestable dans le païs coutumier.*
6. *Arrest de la Cour.*
7. *Si le legitimaire ayant renoncé & se faisant restituer, a les fruits du jour de la mort, ou du jour de la demande. Distinction.*
8. *Si le pere ayant legué à son fils une somme de deniers pour sa legitime, le fils aura les interests du jour de la mort.*
9. *A quel taux se doivent regler les interests d'une legitime dûë en deniers.*
10. *Objection tirée de l'article 309. de la Coutume de Paris.*

1. Que les fruits & les interests de la legitime courent du jour de la mort.

L'Heritier estant saisi parmi nous en vertu de la maxime *le mort saisit le vif*, & la legitime estant une portion hereditaire, & ne se pouvant même obtenir qu'à titre d'heritier, il suit que le legitimaire est saisi de plein droit, qu'il a les fruits de sa legitime du jour de la mort, & qu'il n'est point obligé, pour en faire courir les interests, & les fruits, de proceder par action.

2. Coutumes qui en disposent ainsi.

Nous avons quelques Coutumes qui en disposent ainsi, comme celle de Berry, titre 18. des testam. article 5. & elle ajoûte que non-seulement le legitimaire, mais l'exheredé est saisi jusques à ce que l'exheredation ait esté confirmée.

3. Autoritez des Docteurs.

C'est aussi le sentiment de Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, rub. des successions, article 2. *in verb.* on ne peut exhereder, & de Maistre Charles du Molin sur l'article 3. du même titre des testamens de la Coutume de Berry, où il dit, *Quia in Gallia filius non tenetur venire per actionem supplementi, sed est saisitus de sua legitima, & habet interesse*, pour *recta* demander partage, & sequestre *in casu moræ*. Et quoique tout cela soit contre la disposition du Droit Romain, en la Loy *Cum heredes 23. ff. de adquir. vel amitt. possess.* qui dit, *cum heredes instituti sumus adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet*, & en la Loy *Pomponius 13.* du même titre, qui dit précisément au §. *quæsitum 4.* que la possession du défunt ne se continuë pas de plein droit en la personne de l'heritier, non plus qu'en la personne d'un acheteur; neanmoins la plûpart des Docteurs ont esté d'avis que les fruits de la legitime étoient dûs du jour de la mort: parce que la legitime est un droit universel, qui s'augmente par les fruits, selon la Loy *Non est ambiguum 9. C. fam. erc.* qui dit, *non est ambiguum cum fam. erc. titulus inter bonæ fidei judicia numeretur, portionem hereditatis, si qua ad te pertinet, incremento fructuum augeri.* A quoy est conforme la Loy 2. *C. de petit. heredit.* L'on peut ajoûter que la legitime tient lieu d'alimens: & c'est la même raison pour laquelle les interests du doüaire, même du préfix, n'ont point besoin d'être demandez. Enfin c'est l'avis de Balde sur cette même Loy *Non est ambiguum*: ce qui s'observe aussi au Parlement de Bordeaux, suivant Monsieur Boyer décis. 3. nomb. 17. & dans le Parlement de Toulouse, selon Monsieur Maynard, livre 9. chapitre 19. & quoique dans ce Parlement l'on estime les interests si défavorables qu'ils n'entrent en ordre qu'aprés tous les principaux, ceux de la portion hereditaire & de la legitime sont une des quatre exceptions de cette regle, qui n'en souffre neanmoins que pour les choses les plus privilegiées: c'est à dire, pour les interests de la legitime, pour les interests de la dot, les interests du prix de la vente, & les interests du cautionnement acquitté, ce qui nous est attesté par Monsieur d'Olive en ses questions not. livre 4. chap. 21. Cela se pratique à plus forte raison dans le païs coutumier, & quelques-unes de nos Coutumes, à l'exemple de ce qu'elles établissent pour le doüaire, présupposent que les fruits de la legitime sont dûs du jour de la mort, comme la Coutume de Senlis, laquelle en l'article 161. donne l'hypoteque de la legitime du jour de la mort, & presuppose ainsi la restitution des fruits de ce même jour. Celle de Clermont en Beauvoisis, qui a la même disposition, article 129. & celle de Valois article 134. qui accorde cette hypoteque du jour de la donation, & dit que le donataire est tenu de restituer au legitimaire ce qui luy manque de sa legitime, eu égard au jour du trépas. Ainsi l'on donne la complainte au legitimaire, sur le seul titre de sa naiss-

4. Que cela se juge ainsi à Bordeaux & à Toulouse.

5. Que c'est un usage incontestable dans le païs coutumier.

ſtance, & ſans aucune apprehenſion de fait, ſelon Papon, livre 20. titre 7. Arreſt 9. & Monſieur Louet, lettre L. chapitre 1. ſur la fin. Le même Auteur en la lettre F. nombre 7. rapporte un Arreſt du 2. Janvier 1590. prononcé le 27. du même mois, qui a jugé que les fruits de la legitime eſtoient dûs du jour de la mort, quoique la demande n'en eût eſté formée que long-temps aprés. Maître Antoine Mornac cite le même Arreſt ſur la Loy 1. *C. de uſur. & fruct. legat.* & en rapporte un autre du 6. Janvier 1610. ſur la Loy 22. *C. de rei vendicat.* enfin, c'eſt une Juriſprudence uniforme.

6. Arreſt de la Cour.

7. Si le legitimaire ayant renoncé & ſe faiſant reſtituer, a les fruits du jour de la mort, ou du jour de la demande. Diſtinction.

Cela doit avoir lieu au cas même que le legitimaire ayant renoncé à ſa legitime, ait eſté reſtitué contre ſa renonciation, comme le remarque Faber, en ſon Code livre 3. titre 19. définit. 11. pourvû que la renonciation ait eſté nulle, comme celle qui eſt faite pour un même prix, tant à une ſucceſſion échûë, qu'à une ſucceſſion future, ce qui emporte une renonciation à la legitime, mais ſi la reſtitution n'eſtoit ordonnée que ſur le fondement de la lezion, comme ſi un mineur ſe fait relever d'une renonciation, qu'il a faite de l'avis & autorité de ſes tuteurs à une ſucceſſion échûë, ou à une ſucceſſion future dans le cas où nous avons dit, Section 1. qu'il pouvoit demander ſa legitime, alors les fruits ne luy ſeront dûs que du jour de ſa demande.

De même, ſi le legataire majeur s'eſt contenté de ſon legs pour ſa legitime, & en a donné quittance, & qu'enſuite il ſe pourvoye contre cette quittance, & demande le ſupplément de ſa legitime, les fruits ne luy ſont dûs que du jour de ſa demande, ce qui a eſté jugé au Parlement de Toulouſe, par Arreſt rapporté dans Monſieur de Cambolas, livre 2. chap. 32.

8. Si le pere ayant legué à ſon fils une ſomme de deniers pour ſa legitime, le fils aura les intereſts du jour de la mort.

Que ſi ce qui a eſté legué au fils pour ſa legitime conſiſte en une quantité qui ne produiſe point naturellement d'intereſts, comme en deniers, ou en un fond de boutique, il ſemble que le fils executant la diſpoſition, peut bien avoir des intereſts du jour de ſa demande pour l'inexecution du legs, mais qu'il n'en aura pas du jour de la mort, juſqu'au jour de la demande, parce que, quoique ce legs luy tienne lieu de legitime, neanmoins il obtient toûjours ſa legitime à titre de legs: Or en termes de Droit les intereſts des legs ne courent que du jour de la conteſtation en cauſe, *tit. Cod. de uſur. & fruct. legat.* & dans noſtre Droit du jour de la demande, la poſſeſſion de l'heritier eſtant juſte juſques à la demande du legataire. Les meubles ne produiſent intereſts qu'en conſequence du retardement de payer, & d'une condamnation, & ils ne ſont dûs que du jour de la demande, ſuivant l'article 60. de l'Ordonnance d'Orleans. Ainſi il ſemble qu'il faut que le legataire declare qu'il renonce au legs, & qu'il ſe tient à ſa legitime, dont il aura les intereſts du jour de la mort, Alexandre Conſ. 69. livre 1.

Je conclus neanmoins que le legataire aura ſes intereſts du jour du decés, juſqu'à la concurrence de ſa legitime, parce que la legitime tient lieu de la ſucceſſion, & eſt une partie de la ſucceſſion. Ainſi les intereſts d'un tel legs tiennent lieu des fruits de la ſucceſſion: or c'eſt une maxime, que *fructus augent hereditatem:* d'ailleurs, le legitimaire ſouffre aſſez de ſe voir reduit à ſa legitime ſans perdre ſes intereſts. Enfin, il y a pluſieurs Arreſts qui ont jugé, que des ſommes de deniers payables à des filles lors de leur mariage, emportent des intereſts de plein droit, ce qui doit avoir lieu à plus forte raiſon pour les intereſts d'un legs qui tient lieu de legitime, ſuivant l'Arreſt de Fuſimagnes du 2. Janvier 1609. rapporté par Monſieur le Preſtre, Cent. 2. chapitre 85. L'on peut ajoûter les autres autoritez rapportées cy-deſſus au nomb. 3.

Je n'eſtime pas même qu'on puiſſe imputer au legataire que ſon legs excede ſa legitime, ni qu'on puiſſe prétendre que cet excedant luy doive tenir lieu des intereſts qu'il auroit eu de ſa legitime: ſous prétexte que nous avons dit en la Section 4. de ce Chapitre, nomb. 8. que la Loy *Scimus penul. §. cum autem C. de inoff. teſtam.* ne s'obſerve point dans noſtre Droit François, & que le fils qui demande ſa legitime en pleine proprieté, ne peut pas conſerver avec cela, l'excedant d'uſufruit, ou de nuë proprieté que le pere luy a legué, & qu'il doit ſouffrir l'imputation de cet excedant, ou de ſe contenter de ſa legitime.

En effet, cette imputation à laquelle nous avons conclu, eſt fondée ſur la préſomption de la volonté du pere, qui en donnant un uſufruit, ou une nuë proprieté à ſon fils, eſt cenſé l'avoir voulu recompenſer de la pleine proprieté, qu'il luy devoir pour ſa portion legitimaire, mais on ne dira pas qu'un legs qui tient lieu de legitime, & qui la peut exceder, ait eſté fait par le pere, dans la penſée que cet excedant tiendroit lieu au legitimaire des intereſts qui luy pourroient eſtre dûs du jour de ſa mort, puiſqu'au contraire le pere a préſuppoſé que le legitimaire joüiroit de ſon legs dés ce jour, & ſans aucun retardement. Il n'a point voulu que ſon heritier profitât de ces intereſts, autrement il auroit retardé le payement du legs par une clauſe préciſe de ſon teſtament.

L'on peut auſſi demander comment ſe doivent regler les intereſts de la legitime, qui eſt dûë en deniers, & il ſemble qu'il n'y ait pas de difficulté de les regler au denier vingt, parce que ſi la legitime avoit eſté reglée au temps de la mort, & lorſqu'elle eſtoit dûë, elle auroit pû produire pareils intereſts au legitimaire, & le droit même ſe trouve conforme à cela, en ce que reglant l'emphyteoſe d'une maiſon qui appartient à l'Egliſe, il le détermine au vingtiéme. C'eſt dans l'Authentique *De non alien. cap. 2. §. 1.* dont voici les termes. *Non ex reditibus metiri emphyteuſim, ſed eſtimari ſuburbanum ſubtiliter & reputari ex pretio collecto reditus poſſibiles in viginti annis computari,* & la gloſe ſur l'Authentique. *Perpetua C. de ſacroſ. Eccleſ.* ſur le mot *juſta*, dit, *ſcilicet detur talis penſio quæ collecta in viginti annis contineat rei eſtimationem.* Ainſi le Droit s'accorde aſſez avec nos dernieres Ordonnances, qui ont reglé les intereſts au denier 20.

9. A quel taux ſe doivent regler les intereſts d'une legitime dûë en deniers.

L'on peut faire neanmoins une objection fondée ſur l'article 309. de la Coutume de Paris, lequel en un temps où le taux de l'Ordonnance eſtoit le denier 12. regloit au vingtiéme les intereſts de la ſomme de deniers ſujette à rapport, d'où il ſemble qu'à preſent que le taux de l'Ordonnance eſt le denier vingt, les intereſts du rapport, & ceux de la legitime, devroient eſtre reglez au denier 25. ou 30.

10. Objection tirée de l'article 309. de la Coutume de Paris.

Je réponds que cela pourroit peut-eſtre avoir lieu en matiere de rapports, lorſque celuy qui rapporte les intereſts d'une ſomme de deniers, vient avec celuy qui rapporte les fruits d'un heritage, qui ne produiſoit que le denier 25. ou 30. ce qui a neanmoins ſa difficulté, comme il ſera expliqué au Chapitre des Rapports, livre 3. Mais il ne s'enſuit pas que cela ſe doive ſuivre à l'égard des intereſts de la legitime, parce que regulierement le legitimaire n'a pas de biens d'une autre nature, que ceux que conſervent les donatai-

res, mais il a sa part dans tout ce qui est sujet à sa legitime : Outre que si dans l'assignation de la legitime on ne pouvoit pas faire autrement que de laisser des immeubles aux donataires, & de donner de l'argent au legitimaire, comme ce qui seroit fait long-temps aprés l'écheance de la legitime, seroit présumé avoir esté fait au temps de la mort, & que d'ailleurs, la legitime est toûjours extrémement favorable, il faudroit encore luy donner les interests de sa legitime au denier vingt, comme l'on regle les interests de la dot, même celle stipulée estre employée en heritages.

SECTION XII.

Des actions que le legitimaire a droit d'intenter.

SOMMAIRE.

1. *De l'action du legitimaire contre les heritiers, & donataires.*
2. *De la durée de cette action.*
3. *Que les donataires dépouillez peuvent ceder leurs actions au legitimaire.*
4. *De l'action du legitimaire contre le tiers détempteur.*
5. *Si le détempteur peut prescrire durant la vie du pere.*

Raison pour la prescription.

6. *Difference entre le doüaire & la legitime.*

Raisons contre la prescription.

7. *Comparaison du doüaire & de la legitime pour l'imprescriptibilité.*
8. *De la Loy* Statius Florus §. Cornelio Felici ff. de jure fisci.

Resolution contre la prescription.

9. *Du droit du fils pour sa legitime, même du vivant du pere.*
10. *De la force de la loy qui établit la reserve de la legitime.*
11. *Inconvenient de l'opinion contraire.*
12. *Que l'acheteur, en ce cas, se doit imputer d'avoir acheté un bien sujet à la legitime.*
13. *Recapitulation des conditions necessaires pour la prescriptibilité.*
14. *Que le decret ne purge pas la legitime durant la vie du pere.*
15. *Si la dot de la femme sujette à la legitime dûë en deniers, estant engagée dans le decret des biens du mari, le legitimaire peut demander quelque distraction.*
16. *Si le legitimaire est obligé à discussion avant que d'attaquer le tiers détempteur.*
17. *De la garantie de ce qui a esté donné en payement de la legitime.*
18. *De la garantie respective des heritiers & donataires contre le legitimaire.*

POur examiner à present quelles actions le legitimaire peut intenter pour le recouvrement de sa legitime, il faut distinguer celles qu'il a droit d'exercer contre un heritier institué, ou un legataire, ou un donataire entre-vifs, d'avec celles qu'il peut employer contre un tiers détempteur.

1. De l'action du legitimaire contre les heritiers & donataires. La querelle d'inofficiosité, qui est des matieres testamentaires, se reduit ordinairement dans nostre usage à une simple demande de legitime, qui s'intente contre l'heritier institué, ou contre les legataires & donataires, parce que tous nos testamens estant des codicilles, nous n'avons point d'institutions d'heritiers, ausquelles on puisse donner atteinte par cette querelle. Et nous considerons cette demande comme une action de legitime. C'est pour cela que dans son execution l'on procede par jet des lots, afin d'égaler le legitimaire à proportion de son droit, à ceux qui luy fournissent sa legitime, & de luy donner des

2. De la durée de cette actiõ. mêmes biens. Aussi nous ne bornons la durée de son action qu'à trente ans, ce que la Cour observe même pour les Provinces de Droit écrit, comme il paroist par un Arrest du 15. Decembre 1612. rendu en la Cinquiéme des Enquestes, au rapport de Monsieur Haste, confirmatif d'une Sentence du Sénéchal de Lyon, ou son Lieutenant.

3. Que les donataires dépouillez peuvent ceder leurs actions au legitimaire. Que si les donataires avoient esté dépouillez induëment des biens de la succession, comme ils ne sont tenus envers le legitimaire qu'à cause de ces mêmes biens, ils satisferoient à ce qu'ils luy doivent en luy cedant leurs actions, selon Peregrinus *de fideicom. art. 36. num. 152.*

4. De l'action du legitimaire contre le tiers détempteur. Que si les donataires se sont défaits des biens sujets à la legitime, en ce cas, le legitimaire a une action revocatoire, pour soûtenir que la vente ayant esté faite induëment, & par personnes qui n'avoient pas le pouvoir de la faire, doit estre revoquée, mais c'est une question importante de sçavoir si le tiers détempteur luy peut opposer la prescription de dix ou vingt ans, telle qu'elle est établie par les articles 113. & 114. de la Coutume de Paris, & qu'il prétend avoir acquise durant la vie du pere. — 5. Si le détempteur peut prescrire durant la vie du pere.

Raisons pour la prescription.

Raisons pour la prescriptiõ. Car si l'on considere la personne du tiers détempteur, y a-t-il rien de plus favorable ? son titre & sa bonne foy ne le mettent-ils pas à couvert de cette recherche ? D'ailleurs, l'on suppose sa prescription acquise au temps que la legitime a commencé d'estre dûë. Ainsi se pourra-t-il faire que pour un titre, qui ne se forme qu'aujourd'huy, l'on donne atteinte à un titre anterieur, qui est confirmé par une longue possession ? Enfin, il semble qu'il faut faire une grande difference entre le doüaire, qui est une proprieté aux enfans dés l'instant du mariage, & pour lequel il y a article précis dans la Coutume, qui porte, *qu'il ne pourra estre aliené par les pere & mere à leur préjudice*, & la legitime pour laquelle on n'a rien établi de semblable. Le doüaire prévient le titre du tiers détempteur, mais la legitime survient aprés ce titre, & dans nostre espece aprés une prescription. — 6. Difference entre le doüaire & la legitime.

Raisons contre la prescription.

Raisons contre la prescriptiõ. Que si d'autre part l'on entre dans les justes interests du legitimaire, & qu'on regarde la faveur de la legitime, dont il seroit aisé d'éluder la demande, en vendant les biens compris en la donation, si on ne luy donnoit cette action revocatoire contre le tiers détempteur, par laquelle il revoque ce qui leur a esté mal vendu, il semble que l'on aura peine à l'assujettir à la prescription

7. Comparaison du doüaire & de la legitime pour l'imprescriptibilité.

ption du tiers détempteur. En effet, toutes les raisons qui empêchent que l'on ne puisse prescrire l'heritage sujet au doüaire, concourent aussi pour l'établissement de sa prétention. Quand il s'agit du doüaire de la femme, l'on considere qu'elle est sous la puissance de son mari, & quand il est question de l'interest des enfans on a le même motif, & dans la personne de la femme & des enfans, l'on a égard principalement à cette impuissance d'agir avant que le doüaire ait lieu, & à l'évenement incertain du prédecés des uns ou des autres : & c'est cette même raison de l'évenement incertain, qui a fait juger que le droit du substitué est à couvert, non seulement de la prescription du tiers détempteur, mais du decret qu'il a fait interposer sur les biens substituez, & l'on a fait là-dessus l'application de cette fameuse Loy *Statius Florus §. Cornelio Felici ff. de jure fisci*, qui dit que le fils substitué à sa mere, ne peut jamais prévenir le cas de l'ouverture de la substitution, lequel n'estant point encore arrivé, il est toûjours incertain si la substitution aura lieu: & ainsi le fils ne sçauroit former aucune opposition. *Sed si nondum dies fideicommissi venisset, quia posset prius ipse mori: vel etiam mater alias res adquirere, repulsus est interim à petitione :* Or ces termes ne reçoivent pas moins d'application au fait dont il s'agit : puisqu'il est certain que l'on écouteroit bien moins un fils, qui s'opposeroit pendant la vie de son pere à la vente des biens, qui auroient esté donnez en mariage à ses sœurs, ou qui voudroit interrompre la possession du tiers acquereur, qu'un substitué qui voudroit s'opposer à la vente des biens substituez, ou interrompre la possession des tiers détempteurs, ou une femme qui du vivant de son mari formeroit une opposition pour son doüaire : car cette poursuite seroit une demande en anticipation de legitime, qui a esté si fort reprouvée, que par Arrest du 19. Decembre 1583. l'on obligea un fils, qui avoit demandé sa legitime à son pere, de luy en demander pardon; & dans l'espece cette action prématurée auroit esté rejettée, avec d'autant plus de raison, qu'il estoit toûjours incertain pendant la vie du pere, en quelque état que ses affaires fussent reduites, s'il y auroit lieu à une demande de legitime, cela dépendant du temps de la mort, selon cette même Loy *Statius Florus*, qui vient d'estre citée. C'est pourquoy, suivant cette maxime triviale, qui exempte de la prescription celuy qui n'a pas le pouvoir d'agir, laquelle est établie en la Loy premiere, au §. 2. *C. de ann. except.* & en la Loy *Cum notissimi §. illud C. de praescript. 30. vel 40. ann.* il semble que le legitimaire doit estre aussi à couvert de la prescription du tiers détempteur, jusqu'à la mort du pere, à l'exemple de ce qui a lieu dans le cas de la Loy *Si unquam C. de revoc.* & c'est l'avis de Maistre Jean Marie Ricard, en son Traité des Donations, part. 3. nomb. 1005. quoiqu'il semble proposer la chose plûtost comme un droit nouveau, & auquel on se devroit attacher ; que comme un droit déja établi, & auquel on s'est attaché par le passé.

8. De la Loy *Statius Florus §. Cornelio Felici ff. de jure fisci.*

Resolution contre la prescriptiõ.

Resolution contre la prescription.

9. Du droit du fils pour sa legitime, même du vivant du pere.

Ce qui semble appuyer davantage cette seconde opinion, c'est qu'il est constant, que quoiqu'un fils ne puisse demander sa legitime du vivant de son pere ; neanmoins il a deslors un droit de legitime, en tant que le pere ne peut disposer de ses biens à titre gratuit, au préjudice de cette legitime, ni devant, ni depuis son mariage. C'est ce que dit la glose sur le mot *auferri* du §. *si quis autem*, de l'Authentique *de hered. & falc.* car en parlant du droit de legitime, *hoc erat*, dit-elle, *dubium antequam moreretur testator.* Et il y a des Coutumes dans le Royaume qui vont encore plus loin : car elles donnent l'hypoteque au legitimaire sur les biens sujets à la legitime, du jour de la donation qui a esté faite de ces mêmes biens. C'est la disposition de l'art. 133. de la Coutume de Valois, qui dit, *& sera tel donataire tenu de restituer, pour ladite legitime, ce qui se trouveroit défaillir de ladite legitime : & à ce sont les choses données du jour de la donation hypotequées.* Quoique les Coutumes de Senlis, art. 161. & de Clermont, art. 129. semble ne donner cette hypoteque que du jour du decés. Or cette hypoteque, & ce droit anticipé du legitimaire sur les choses données, semble ne pouvoir estre prescrit que du jour que le legitimaire peut agir, c'est à dire, du jour du decés, suivant les Loix, qui viennent d'estre citées, & qui ont servi à établir la maxime, que l'on n'est pas sujet à une prescription que l'on ne pourroit pas interrompre.

En second lieu, les Coutumes établissent une prohibition contre le pere, de ne pouvoir aliener ses biens à titre gratuit, que jusques à telle concurrence, qu'il reste toûjours la legitime à ses enfans : Or quoique cette prohibition soit attachée à l'interest des particuliers, & à la personne des enfans, & quoiqu'une prohibition de cette maniere n'ait pas un effet si general & si absolu, pour empêcher la prescription, que les prohibitions indéfinies, qui sont fondées sur un interest public, comme la prohibition d'aliener les choses sacrées : neanmoins elle a autant d'effet dans le cas particulier pour lequel elle a esté faite, & où l'on est précisément dans les termes de la prohibition : ce qui se peut établir dans l'exemple de la prohibition d'aliener la dot, qui fait que la dot est sacrée, tandis qu'elle reste en nature de dot : c'est à dire, qu'elle est dûë par le mari, & que par consequent celuy qui a acheté du mari le fond dotal, ne le sçauroit prescrire pendant le mariage. Et sur ce fondement l'on peut dire, que le pere ne pouvant disposer de ses biens à titre gratuit, qu'en laissant la legitime à ses enfans, son patrimoine est inalienable à titre gratuit, jusqu'à la concurrence de cette legitime : & cette obligation qu'il a de reserver à ses enfans leur legitime au milieu des liberalitez qu'il a droit d'exercer, fait le même obstacle à la prescription du tiers détempteur, que la qualité de la chose sacrée ; l'interest des particuliers donnant aussi la même force & vertu à la prohibition d'aliener, pour faire obstacle à la prescription, que l'interest public à celle qui l'a pour objet.

10. De la force de la Loy qui établit la reserve de la legitime.

L'on peut ajoûter à cela, qu'en suivant l'opinion contraire, l'on permet à un pere de priver son fils de sa legitime, qui est neanmoins un droit, qu'il ne tient pas de sa liberalité ; mais de la disposition de la Loy, & on luy donne lieu d'assurer à d'autres enfans, l'effet d'une injuste prédilection. Que si cette décision semble un peu dure pour l'acheteur, il se doit imputer de n'estre pas entré dans le défaut du titre de son vendeur, & d'avoir ignoré que toute donation faite par un pere, est sujette à la legitime de ses enfans. Le creancier qui a presté au fils sous l'hypoteque d'un immeuble qui luy avoit esté donné par le pere, auroit bien plus de sujet de se plaindre, lorsque son debiteur rapporte cet im-

11. Inconvenient de l'opinion contraire.

12. Que l'acheteur, en ce cas, se doit imputer d'avoir acheté un bien sujet à la legitime.

meuble dans le partage de la succession du pere, & qu'il ne reçoit que des meubles en partage, même de l'argent comptant, & qu'ainsi il est frustré de son hypoteque, même par un partage sous seing privé. Mais il faut qu'il s'impute d'avoir presté sous l'hypoteque d'un bien sujet à rapport, comme nostre acheteur, d'avoir acquis un bien sujet à la legitime.

13. Recapitulation des conditions necessaires pour la prescriptibilité.

Enfin, je vois icy toutes les conditions qui peuvent empêcher qu'une chose ne soit prescrite, une disposition de la Loy, qui défend au pere de donner son bien, sinon en reservant la legitime à ses enfans; une impuissance absoluë d'agir, le legitimaire ayant plus les mains liées, que la femme pour son doüaire, ni pour sa dot, & que le substitué: & cependant un droit qui prévient, & qui empêche la validité de la donation, & la prescription du tiers acquereur.

14. Que le decret ne purge pas la legitime durant la vie du pere.

Il y auroit aussi lieu de soûtenir par les mêmes raisons qui viennent d'estre rapportées, que le decret ne purgeroit pas le droit & l'hypoteque de la legitime, pendant la vie du pere, en supposant toûjours la même espece d'une donation faite par le pere, & d'une vente faite par le donataire suivie d'un decret; & cela en consequence de ce que le fils a les mains liées, & ne peut pas intenter la moindre action pour sa legitime pendant la vie du pere, à l'exemple du fond dotal, dont le decret, qui suit l'alienation faite par le mari sans le consentement de sa femme, ou qui est fait sur le mari même pour ses propres dettes, n'empêche pas la femme qui n'a pû s'opposer pendant le mariage; parce qu'elle auroit exposé son mari à des dommages & interests, de revendiquer son heritage aprés la dissolution du mariage ou de la communauté, ce qui a esté jugé au profit de la femme, par deux Arrests rapportez par de Lhommeau en ses Maximes du Droit François, liv. 3. §. 364. l'un du 23. May 1570. & l'autre du 20. Mars 1571. & ce que l'on doit encore fonder sur l'exemple de l'actionCalvisienne, *tot. tit. Cod. si in fraudem patr. alien.* Mais ce qui m'attache plus fortement à cette opinion, c'est qu'encore un coup, si l'on suit l'opinion contraire, il n'y a plus de legitime; parce que la legitime pouvant déja s'éluder par les alienations, que le pere peut faire à titre onereux, il ne reste que de la conserver sur les alienations à titre gratuit. Que si un decret, auquel il n'a pas esté permis au fils de s'opposer; ou une prescription de dix ans, qu'il ne luy est pas permis d'interrompre, suffit pour éluder sa legitime, ce benefice de la Loy luy devient inutile, & même il ne faudra plus à l'avenir de causes legitimes pour les exheredations actuelles.

15. Si la dot de la femme sujette à la legitime dûë en deniers, estant engagée dás le decret des biens du mari, le legitimaire peut demáder quelque distraction.

Il s'est presenté une autre espece. Un pere ayant donné à sa fille une somme de deniers en mariage, & estant décedé assez mal dans ses affaires, un fils qui luy restoit, s'est voulu pourvoir contre sa sœur pour sa legitime; mais il a trouvé la dot de sa sœur engagée dans un ordre qui se poursuivoit des biens de son mari. Il y avoit même des creanciers, envers lesquels sa sœur estoit obligée, lesquels estoient opposans en sous-ordre, & qui exerçant ses Droits, prétendoient venir du jour de son contrat de mariage, & absorber toutes ses conventions. En cet état le legitimaire a prétendu devoir estre préferé à tous ces creanciers sur la dot de sa sœur, jusques à la concurrence de sa legitime, soûtenant que la partie de la dot qui devoit estre retranchée pour sa legitime, n'ayant pû estre donnée à sa sœur, il estoit juste de luy en faire la distraction. Et il semble qu'il est bien fondé en sa demande, & que comme l'immeuble donné & sujet à la legitime, ne peut estre prescrit au préjudice de la legitime: d'autant qu'elle se prend par l'effet d'une action revocatoire, qui fait présumer que ce qui blesse la legitime, n'a jamais esté donné, parce qu'il ne l'a pas esté valablement; aussi la somme de deniers qui se doit retrancher d'une donation pour la legitime, se revendique de la même maniere, & l'on en doit la distraction au legitimaire, sans qu'elle soit sujette à aucune dette du donataire.

☞ Nonobstant cela il faut dire, que l'opposition est mal fondée, & qu'il n'y a en ce cas qu'une action revocatoire, mais sans hypoteque, sinon du jour de la condamnation. La raison est, qu'il n'y avoit pas même d'hypoteque contre le pere, qui devoit originairement la legitime; qu'ainsi & à plus forte raison, il n'y en a pas contre les autres enfans donataires; le legitimaire ne seroit pas recevable à intenter action hypotequaire contre ceux qui ont acquis des immeubles du pere, & prétendre que leurs acquisitions fussent hypotequées à sa legitime: par consequent il n'est pas recevable à se pourvoir sur les biens de sa sœur donataire du pere.

En second lieu, il y a d'autant moins sujet de prétendre hypoteque sur les biens de la sœur donataire, sinon du jour de la condamnation, qu'elle ne s'est point obligée au payement d'aucune legitime; au contraire elle a prétendu en acceptant la donation qui luy a esté faite, la conserver en son entier. La legitime n'a point esté dans l'intention ni du donateur, ni de la donataire: l'un a prétendu donner la somme entiere, & l'autre l'a accepté indéfiniment.

En troisiéme lieu, il n'y a icy ni hypoteque conventionnelle, ni hypoteque legale: d'hypoteque conventionnelle, il est certain qu'il n'y en a pas; de legale, il y en a encore moins: C'est en ce cas qu'il est vray de dire, qu'il n'est pas permis de rien avancer qui ne soit fondé dans la disposition de la Loy précise: puisqu'il s'agit d'une hypoteque legale: Or il ne se trouvera point de Loy pour le parti contraire dans tout le titre *in quib. caus. pign. vel his. tacite contrah.*

En quatriéme lieu, la raison pour laquelle les Loix, qui avoient bien pourvû à l'hypoteque des legs & fideicommis, n'ont pas voulu en ordonner une pour la legitime, est qu'elles ont consideré un legitimaire, comme un heritier à qui la revendication est dûë, & qui a la petition d'heredité. Que si il a quelque action revocatoire à intenter à ce titre, il n'a hypoteque que du jour de la condamnation qu'il obtient: par exemple, dans les Coutumes qui défendent de rien donner au préjudice de son heritier présomptif, l'heritier a l'action revocatoire pour faire casser les donations; mais il n'a point d'hypoteque du jour de la donation sur les autres biens du donataire: il en est de même du legitimaire à l'égard de sa legitime, pour laquelle il a un privilege & une distraction sur les biens donnez; mais il n'a point d'hypoteque sur les autres biens du donataire; sinon du jour de la condamnation qu'il obtient.

En cinquiéme lieu, il n'y a pas encore d'hypoteque legale; parce que la Loy ne donne hypoteque que pour l'accomplissement des choses qui sont de l'intention des contractans: par exemple, contre un institué pour les fideicommis: car dés que l'institué a accepté l'institution qui estoit faite de sa personne sous la charge d'un fideicommis, il s'est obligé à la restitution, & cependant l'hypoteque legale, qui a lieu pour le fideicommis, ne s'étend que sur les biens compris en l'institu-

tion : *L. 1. in fine C. communia de legat. & fideic.* au lieu qu'on ne peut pas dire icy que le retranchement de la legitime soit de l'intention du donateur, ni du donataire : ainsi regulierement le legitimaire n'a point d'hypoteque du jour de la donation sur les biens donnez, encore moins sur les autres biens du donataire; mais une simple revendication non sujette à estre prescrite ou purgée par decret avant le jour du decés.

En sixiéme lieu, on ne peut pas dire que la dot dûë par le mari, soit la dot même constituée par le pere : car le mari l'a reçûë comme Seigneur & Maistre : c'est une espece d'employ que la femme en a faite : ainsi *res abiit in creditum*, & ce n'est pas la dot constituée par le pere qui a esté par luy payée, & a passé depuis en des mains étrangeres, dans lesquelles elle est devenuë une nouvelle dette du mari, la dette du pere estant éteinte par le payement qu'il a fait de la dot. Aussi supposé que le mariage eût esté constitué à un fils par ses parens, dés qu'il l'auroit touché, les vestiges de la donation auroient esté perdus, & ses freres & sœurs n'auroient pas pû prétendre de distraction ni de privilege sur les biens du donataire au préjudice de ses autres creanciers; mais une simple hypoteque du jour de la condamnation qu'ils auroient obtenuë pour leur legitime. Il en est de même de la dot constituée en argent à la femme, & payée à son mari & à elle : c'est de l'argent acquitté qui n'a plus de suite : & la dot dûë par le mari, n'est plus la dot constituée par le pere; mais la dette du mari.

Enfin, la plûpart de nos Docteurs ont esté d'avis, qu'il n'y a point d'hypoteque pour la legitime, Alexandre Conf. 118. n. 21. & 22. liv. 6. Cravetta Conf. 212. nomb. 4. Michaël Graff. §. *legitima* qu. 14. Negusantius *de pignor. memb. 4.* part. 2. cas. 24. Mant. *de tac. & ambig. convent.* liv. 11. tit. 13. tom. 2. Merlinus *de legitima* liv. 5. tit. 4. qu. 1. Carvalus *de Quartis* part. 4. ch. 3. n. 119. & 120. Thesaur. qu. Forens. liv. 3. qu. 27. n. 11. & qu. 72. n. 11. Basset tom. 2. liv. 8. tit. 5. chap. 3. sur la fin. Ric. des Donat. part. 3. ch. 8. sect. 15. nomb. 1160.

Que s'il y a quelques Coutumes qui donnent hypoteque pour la legitime du jour de la donation, qui sont celles que nous venons de rapporter au nomb. 9. elles s'expliquent assez que cette hypoteque n'est que sur les choses données : & nous ne nous éloignons pas de leur disposition, en donnant au legitimaire une action revocatoire qui n'a pû estre prescrite, ni purgée par decret avant le decés.

Dira-t-on sur le fondement des principes qui viennent d'estre expliquez, que si une mere creanciere de la succession beneficiaire de son mari, avoit donné à son fils, heritier beneficiaire, une somme de deniers en mariage, à prendre sur ses conventions qui luy sont dûës, il s'est fait une confusion en la personne du fils, par le concours des deux qualitez incompatibles de creancier & de debiteur, qui empêche les autres freres & sœurs de demander leur legitime sur les biens de la succession beneficiaire, comme donnez par la mere, jusques à concurrence de la partie de sa creance, qu'elle a cedée à ce fils heritier beneficiaire : car il semble que le benefice d'inventaire, qui empêche la confusion, profite aux legitimaires : Cependant je conclus encore pour la confusion & l'extinction, parce qu'on ne peut pas retorquer le privilege de l'heritier beneficiaire contre luy-même : il confond quand il veut, & quand il a interest de confondre; mais il y a contre luy une action personnelle pour le rétablissement de la legitime, sans hypoteque neanmoins, sinon du jour de la condamnation.

Que si il a esté legué à un fils une somme de deniers pour sa legitime, il a hypoteque legale du jour de la mort, comme pour tout autre legs, *L. 1. C. commun. de legat. & fideicomm.*]

Enfin, il semble que le legitimaire ne peut pas évincer le tiers détempteur, que l'heritier ou les donataires n'ayent esté trouvez insolvables par une discussion; & c'est au moins ce qui a esté jugé par un Arrest du Parlement de Toulouse, rapporté dans Papon, liv. 20. tit. 7. Arr. 8. Mais qu'aprés une discussion des immeubles, laquelle suffit aux termes de l'art. 154. de l'Ordonnance de 1539. le legitimaire, qui a droit sur tous les corps hereditaires alienez à titre gratuit par le défunt, peut intenter son action contre le tiers détempteur, contre lequel neanmoins il n'aura les fruits que du jour de sa demande. Cependant il faut dire le contraire, & le legitimaire peut s'adresser directement à ce tiers détempteur : parce qu'il a un droit réel sur l'heritage qui luy appartient pour partie, la legitime estant *quota hereditatis*, & la part se faisant au legitimaire par voye de partage & par jet des lots, ni plus ni moins à proportion que s'il estoit heritier.

16. Si le legitimaire est obligé à discussion avant que d'attaquer le tiers détempteur.

Que si le legitimaire ayant eu sa legitime, est évincé dans la suite de ce qui luy a esté donné pour la remplir, il peut se venger directement de cette éviction sur les biens qui estoient restez aux donataires, quoiqu'ils ayent esté alienez : & cela sans estre tenu de faire aucune discussion, principalement si c'est dans la Coutume de Paris, & encore que les donataires ne soient pas obligez directement à la garantie dans la quittance de la legitime : parce que l'hypoteque pour la garantie de la legitime, est la même que celle pour la garantie des lots, l'acte de délivrance de la legitime estant un veritable partage : Or il a esté jugé par Arrest du 17. Novembre 1587. rapporté par M. Loüet, en la lettre H. nomb. 2. que les copartageans non seulement ont hypoteque tacite pour la garantie de leurs lots; mais qu'ils se peuvent adresser directement au tiers détempteur, les lots estant naturellement garants les uns des autres. Ce qui est fondé sur l'art. 101. de la Coutume de Paris; je vais plus loin; car j'estime que cette décision devroit avoir lieu pour d'autres Coutumes qui n'ont point de disposition semblable à celle de cet art. 101. de la Coutume de Paris, ce qui sera établi au liv. 4. chap. 1. des partages : Comme aussi les donataires estant évincez de ce qui leur reste, la legitime acquittée, ont la même garantie à proportion contre le legitimaire, pour retirer ce qu'ils luy ont donné audelà de sa legitime, eu égard aux évictions qu'ils ont souffertes, depuis qu'ils en ont fait la délivrance.

17. De la garantie de ce qui a esté donné en payement de la legitime.

18. De la garantie respective des heritiers & donataires contre le legitimaire.





CHAPITRE IV.

Des Reserves Coutumieres.

SOMMAIRE.

1. *Que ce qui s'appelle communément* legitime coutumiere, *n'est pas une veritable legitime.*
2. *Que les renonçans ne font point part dans les reserves.*
3. *Differentes dispositions des Coutumes au sujet des reserves.*
Si l'on a égard au temps de la donation ou du decés, pour sçavoir si la donation excede ce dont il est permis de disposer.
Que la prohibition de donner à son heritier présomtif, a rapport au temps du decés.
4. *Précaution pour se conserver les reserves coutumieres.*
5. *Si quand on reduit les legs, il est dû recompense aux legataires.*
6. *Coutumes qui retranchent, d'autres qui annullent.*
Raison pour la recompense.
7. *Limitations de l'opinion pour la recompense.*
Conclusion contre la recompense.
8. *Argument tiré de la disposition même, qui ne comprend que des propres.*
9. *Autre argument.*
10. *Qu'en ces occasions il est vray de dire,* fecit quod non potuit, & quod potuit non fecit.
11. *Que les Coutumes ordonnent précisément les subrogations, & recompenses qu'elles desirent.*
12. *Préjugez dans nos Coutumes sur la question proposée.*
13. *Objection tirée de l'imputation qui se fait au legitimaire de l'excedant de l'usufruit qui luy est legué.*
14. *Réponse & difference entre ces deux especes.*
15. *Objection tirée de la recompense dûë au legataire du mari qui a legué plus que sa moitié des conquests.*
16. *Autoritez de Coquille & de Chopin contre la recompense.*
17. *Maistre Charles du Molin s'est partagé sur la matiere.*
18. *Arrests contre la recompense.*
19. *Arrests de Benoise contre la recompense.*
20. Quid *si le testateur a legué une somme excessive à prendre sur ses propres.*
21. *S'il suffit de laisser à tous ses heritiers le quint des propres, ou s'il le faut laisser à chaque ligne.*
Qu'il suffit de leur laisser à tous en general le quint des propres.
22. *Raison tirée de l'Article 292. de la Coutume de Paris.*
23. *Que dans la succession testamentaire, aussi bien que dans la succession* ab intestat, *l'on doit morceller les biens le moins qu'on peut.*
24. *Que souvent les heritiers de diverses lignes sont coheritiers.*
Qu'il faut à chaque ligne ses quatre quints.
25. *Que la Coutume n'a consideré que la ligne, dans la distinction des propres & l'établissements des reserves.*
26. *Que la distinction des propres seroit inutile, si la reserve ne s'étendoit distributivement pour chaque ligne.*
27. *Décisions des Coutumes sur la question.*
28. *Que la décision doit avoir lieu au cas même que les heritiers des propres soient en pareil degré.*
29. *Comment se fais cette réduction.*
30. *Si un testateur ayant legué à un étranger l'usufruit de tous ses propres, ce legs doit estre reduit au quint des propres, ou au quint de l'usufruit des mêmes propres.*
31. *La recompense ordonnée par le testateur doit s'executer, soit qu'il ait commencé* à licitis *ou* ab illicitis.
32. *S'il est necessaire d'avoir fait inventaire pour demander cette legitime.*
33. *Si dans les Coutumes de subrogation, pour disposer de ses meubles & acquests, il est necessaire d'avoir des propres en quantité, ou s'il suffit d'en avoir en qualité.*
Raisons pour montrer qu'il suffis d'avoir des propres en qualité.
34. *Raison tirée de ces termes dont usent la plûpart des Coutumes,* Qui n'a que meubles.
35. *Que le parti des propres en qualité fait moins de procés.*
36. *Que cette opinion se doit suivre, soit qu'il s'agisse de l'interest des enfans, ou des collateraux.*
37. *Autoritez pour cette opinion.*
Raisons pour montrer qu'il en faut en quantité.
38. In jure parum & nihil æquiparantur.
39. *Que la précaution de ces Coutumes seroit bien inutile, si ces reserves ne s'entendoient avec effet.*
40. *Que les Coutumes de subrogation s'expliquent assez de cette question.*
41. *Qu'en ce cas le testateur commettroit une veritable fraude contre la Loy.*
42. *Décision précise de quelques Coutumes.*
43. *Autoritez pour le parti des propres en quantité.*
44. *Préjugez pour la Coutume de Paris.*
45. *Arrests qui ont decidé pour le parti des propres en quantité.*
46. *Dernier Arrest.*
47. *Réponse aux objections.*
Celuy qui a donné de ses propres à ses heritiers présomptifs, n'est pas censé sans propres.
Si à Paris ce que l'on donne à un de ses heritiers au-delà du quint des propres, est toûjours sujets à retranchement.
48. *De quoy peut disposer en la Coûtume de Sens celuy qui n'a que des meubles & acquests.*
49. *Trois opinions diverses en l'explication de cette Coutume.*
50. *Qu'en cette Coutume les acquests sont compris sous le mot de* meubles.
51. *Si dans tous ces cas l'on compte les biens situez en d'autres Coutumes.*
52. *Raisons pour l'affirmative.*
53. *Décision de la Coutume de Tours sur cette question.*

1. Ce qui s'appelle communément *legitime coutumiere*, n'est pas une veritable legitime.

Les parts & portions que les Coutumes assurent aux heritiers dans les propres ou autres biens, s'appellent ordinairement *la legitime coutumiere*, à la difference de la legitime de droit: & l'on oppose ces deux legitimes l'une à l'autre en plusieurs rencontres. Cependant, à proprement parler, celle-cy n'est point une legitime, mais un droit qui compose, ou qui augmente la succession *ab intestat*: car si quelqu'un a disposé de ses propres audelà de ce qui luy est permis par la Coutume; cela se trouve de plein droit dans sa succession *ab intestat*, à cause de la nullité d'une partie de la disposition, qui ne subsiste qu'à proportion, qu'elle n'est pas contre la prohibition expresse de la Loy municipale; au lieu que la legitime ne s'obtient que contre des donations qui subsistent d'elles-mêmes, & qui sont d'ailleurs conformes à la Coutume. C'est pourquoy l'on juge que les enfans donataires, qui se tiennent à leur don, ne font point part dans les quatre quints, ou telle autre partie des propres, que la Coutume veut estre reservée aux heritiers *ab intestat*, au lieu qu'ils font part dans la legitime, & diminuent la part des legitimaires. Et en cela l'on considere ces quatre quints ou cette autre portion, comme des biens qui sont de plein droit dans la succession *ab intestat*, & dans lesquels les renonçans n'ont point de part, & ne font point de part.

2. Que les renonçans ne font point part dans les reserves.

3. Differentes dispositions des Coutumes au sujet des reserves.

Ces reserves sont bien bigarées dans nôtre Droit coutumier. Car il y a des Coutumes, où l'on ne peut disposer de ses propres par testament, comme celle de Normandie, art. 427. mais à l'égard des acquests, celuy qui n'a point d'enfans, en peut disposer du tiers, art. 422. & celuy qui a des enfans ne peut disposer de ses immeubles, soit propres ou acquests, ni même de ses meubles, audelà du tiers, sur lequel même doivent estre pris les frais funeraires, & les legs, selon l'art. 418.

Nous avons une Coutume dans le Royaume, qui est la Coutume de saint Sever, laquelle en l'art. 4. du titre 12. aprés avoir permis de disposer de ses acquests à volonté, & aprés avoir expliqué que sous ce mot d'*acquests*, elle entend ceux même qui ont esté faits par les pere & mere, elle défend de disposer des biens avitins & papoaux, sinon raisonnablement.

Si l'on a égard au temps de la donation, ou du decés, pour sçavoir si la donation excede ce dont il est permis de disposer.

La Coutume de Bretagne, art. 199. confondant les propres & les acquests sous le mot d'*immeubles*, défend de donner plus du tiers de ses immeubles, ou la moitié par usufruit; & Monsieur d'Argentré dit que cette restriction se doit juger à l'égard d'un corps certain par rapport au temps de la donation; & à l'égard d'une quotité des biens du rapport au temps du decés; parceque le corps certain ne pouvant recevoir d'augmentation, il n'est pas juste qu'il souffre de la diminution; mais que le donataire dont la donation excede, a la joüissance libre durant la vie du donateur, sans craindre de restitution des fruits. Voilà le sentiment de cet Auteur, sur l'article 218. gl. 5. nomb. 21. & 29.

Resolution qu'on doit avoir égard au temps de la mort.

Je ne puis approuver cette distinction: car supposé que quelqu'un ait donné par donation entre-vifs une Terre sise en Bretagne, qui n'excede pas le tiers des immeubles qui luy appartiennent en cette Province, par rapport au temps de la donation, mais qui excede par rapport au temps de la mort, n'est-il pas toûjours vray de dire, qu'il a privé ses heritiers de leurs reserves? de même, que si quelqu'un a blessé la legitime de ses enfans par rapport au temps de sa mort, quoique la legitime ne fût pas blessée lors de la donation. Pour moy je suis persuadé que tout cela se doit juger uniformément, eu égard au temps du decés, puisque l'on ne doit rien de son vivant à ses heritiers; mais que leur droit commence à la mort, & qu'alors il ne leur importe pas que leur legitime coutumiere soit blessée par une donation, qui soit devenuë inofficieuse en un temps, ou en un autre, & qui soit d'especes, ou de quotité. En effet, si l'on suppose au contraire que le donateur lors de la donation n'avoit pas deux fois autant d'immeubles en Bretagne, mais qu'il en ait acquis depuis jusques à cette concurrence, n'est-il pas vray de dire, que ses heritiers qui ne pourront pas venir compter avec luy lors de la donation, & examiner si elle excede, ou non, ne pourront pas non plus la contester lors de son decés: puisque dans l'évenement cette Terre donnée n'excede point le tiers des biens qu'il a laissez en Bretagne? Nous avons même d'autres exemples qui autorisent cette décision: car la décision entre-vifs faite à un second mari, se mesurant, eu égard au temps du decés, pour sçavoir si elle excede la part du moins prenant des enfans, quoique cette donation soit beaucoup moindre que ce que chacun des enfans auroit eu pour sa legitime, si la mere estoit alors decedée, c'est assez pour la reduire, qu'on la trouve exceder au temps du decés une part de moins prenant. Que si cette même donation excedoit une part d'enfant lorsqu'elle a esté faite, & que par le prédecés de quelques-uns des enfans, ou au moyen de ce que les biens de la mere ont augmenté, elle ne se trouve plus excessive lors de son decés, elle subsiste de la maniere qu'elle a esté faite: ce qui a lieu, soit qu'elle soit d'un immeuble certain, ou d'une quotité.

Nous avons encore un autre exemple dans la Coutume d'Anjou, où le pere noble ne pouvant donner qu'à ses enfans puînez, parceque l'aîné est assez avantagé par la Coutume, il est dit en l'article 322. que si le don estant fait d'abord à un puîné, il arrive dans la suite que ce puîné devienne aîné, le don sera rapporté & parta-

gé avec le reste de la succession par deux tiers & par tiers : En quoy cette Coutume considere le temps de la mort, même pour les donations entre-vifs, lorsqu'il s'agit de sçavoir si elles blessent les reserves qu'elle établit. De même, dans l'art. 248. le mot de *fils aîné*, à qui l'on donne la part du fils Religieux, s'entend du fils qui se trouve aîné lors du decés.

L'objection que fait Monsieur d'Argentré, que la donation d'un corps certain ne pouvant pas estre augmentée, ne peut pas non plus estre diminuée, par la consideration du changement qui peut arriver depuis dans la fortune du donateur, n'est pas considerable. Car le donateur a dû prévoir ce qui luy pouvoit arriver, & regler ensorte ses liberalitez, que ses heritiers eussent leurs reserves coutumieres & leur legitime de droit; Que s'ils ne les trouvent pas lors de son decés, la donation souffre atteinte par l'effet de l'action revocatoire, ce qui se juge tous les jours pour la legitime de droit contre des donations d'un corps certain : & ce qui est à peu prés aussi favorable pour la legitime coutumiere, & les reserves dont il s'agit. En un mot, quand un homme meurt, ses enfans ou ses heritiers ont droit de demander leur legitime, ou leurs reserves : & on n'examine point alors, si au temps des donations ces reserves estoient encore entieres, ou si elles n'ont esté alterées que depuis : & cet établissement de reserves estant fait uniquement pour les heritiers, il suffit qu'elles ne se trouvent pas, & déslors elles doivent estre suppléées par l'effet de l'action revocatoire.

Il y auroit même un inconvenient dans l'opinion contraire : car s'il suffisoit que les reserves ne fussent pas blessées lors de la donation d'un corps certain, un donateur qui voudroit frustrer ses heritiers, & faire des donations & des ventes à leur préjudice, n'auroit qu'à commencer par les donations, au lieu de commencer par les ventes, & il seroit présumé avoir gardé les reserves par rapport au temps des donations.

L'on objectera peut-estre qu'il y a pareil inconvenient dans nostre opinion : parceque la donation peut souffrir atteinte par des ventes posterieures : mais je réponds, qu'il vaut mieux hazarder les donations, que les reserves : ce qui se juge ainsi pour la legitime de droit.

Que la prohibition de dôner à son heritier présomptif, a rapport au temps du decés.

J'estime sur le même fondement contre du Pineau, sur l'art. 337. de la Coutume d'Anjou, que la prohibition que fait cet article, de donner à son heritier, ni à l'heritier de son heritier, se doit rapporter au temps de la mort, avant lequel il n'y a point d'heritier, & que celuy qui n'estoit qu'au troisiéme degré lors de la donation, & qui se trouve au second lors du decés du donateur, est dans le cas de la prohibition : la Loy *Quod id quod 33. ff. de donat.* que cite cet Auteur, n'ayant point de rapport à cette question, parce qu'elle ne décide autre chose, sinon, que celuy qui a promis une somme d'argent par un acte en forme de donation, & qui s'est derechef constitué debiteur de cette même somme par un autre acte, ne doit estre executé qu'à proportion de ce qu'il peut, parce que l'on a égard au premier titre, qui est une donation, ce qui est entierement étranger à l'espece. Mais pour s'attacher à des exemples plus approchans, lorsqu'il s'agit de sçavoir si une legitimation par Lettres, avec clause de pouvoir succeder, a esté suffisamment autorisée par les heritiers présomptifs du pere naturel, qui a voulu rendre son bâtard capable de succeder, ceux-là ne sont pas censez les heritiers présomptifs, qui estoient tels lors de la legitimation, mais bien ceux qui le sont actuellement lors du decés du pere naturel : parce que ce sont eux qui sont interessez à la chose. Enfin, la même inégalité que la Coutume a voulu éviter en défendant de donner à l'heritier de son heritier, se trouve au cas que le défunt ait donné à celuy qui est son heritier par l'évenement, quoiqu'il ne fût pas heritier présomptif lors de la donation : & par consequent il est dans l'intention, & dans les termes de la prohibition de la Coutume.

Au surplus, quelque nullité que ces Coutumes établissent de l'excés des donations, l'on ne peut pas faire qu'elles ne subsistent pour le tout pendant la vie du donateur : parce qu'il a pû disposer de sa joüissance & de l'usufruit de ses biens, & il n'a point alors d'heritiers qui puissent contrôller ses liberalitez.

Au contraire, le Droit commun du Royaume est de pouvoir donner tout son bien entre-vifs, & disposer par testament de tous ses meubles & acquests, & du quint des propres, & le plus grand nombre des Coutumes, entre lesquelles est celle de Paris, en ordonnent ainsi. D'autres Coutumes ne distinguent point entre les meubles, acquests, & propres, mais permettent seulement de disposer par testament d'une certaine partie de ses biens : par exemple, de la quatriéme partie, sur laquelle même les legs particuliers & les frais funeraires doivent estre pris : telle est la disposition de l'article 291. de la Coutume de Bourbonnois : d'autres chargent cette quatriéme partie de tous les legs, mais seulement du quart des frais funeraires, comme des autres dettes : & c'est la disposition de la Coutume d'Auvergne, chap. 12. art. 41. & 43. d'autres étendent cela jusqu'au tiers de tous les biens, comme celle de la Marche, art. 212. d'autres permettent de disposer par testament, *liberis non existentibus*, de tous les meubles & acquests, & du tiers des propres, comme la Coutume de Xaintes, articles 84. 85. & 86.

Il y a une précaution necessaire à prendre dans toutes ces Coutumes, pour faire qu'un heritier ne soit tenu des legs que jusqu'à la concurrence des meubles & acquests, & du quint des propres ou autres reserves, c'est qu'il ne se mette en possession d'aucuns meubles, sans faire inventaire. Brodeau sur Loüet, lettre I. nomb. 7. quoique sans des circonstances aggravantes, je ne le chargerois pas des legs indéfinitivement, à cause de cette seule obmission de faire inventaire. Voyez le chap. du benef. d'inv. liv. 3. & cy-aprés au nomb. 32. 4. Précaution pour se conserver les reserves coutumieres.

Quelques-uns ont prétendu, que l'heritier qui veut profiter des reserves coutumieres, devoit bien prendre garde de n'executer aucun legs sans protestation, & que quand il avoit acquitté un seul legs, sans reserve, il estoit tenu de tous les autres : ce qu'ils ont voulu appuyer de la disposition de l'Authentique : *Sed cum testator C. ad L. falcid.* qui dit, *Item si hæres quædam legata substantiæ suæ mensuram subtiliter agnoscens, præstat in solidum, neque ex iis repetitio, nec ex aliis permittitur retentio, nisi inopinatum quid emergat : &* c'est le sentiment de Mazuer, titre des success. §. *item institutio testamentaria 12.* & Monsieur Benoist, sur le chap. *Raynutius in verb. & uxorem nomine Adelas. decis. 5. n. 477.* Mais je ne serois pas de cet avis : parce que chacune des dispositions en son particulier estant nulle en ce qu'elle excede

ce dont il est licite de disposer, il est permis à l'heritier d'en acquitter l'une, & de prendre sur luy l'excés de cette disposition, qui luy sera imputé par les autres legataires, sans qu'il soit tenu pour cela d'acquitter les autres dispositions. La prudence oblige neanmoins l'heritier de protester en payant les premiers legs.

5. Si quand on réduit les legs, il est dû recompense aux legataires.

L'on demande donc à l'occasion de ces differentes dispositions, si la reserve que fait la Coutume aux heritiers présomptifs, ne les oblige jamais à recompenser les legataires sur les autres biens dont le testateur auroit eu la faculté de disposer : supposé, par exemple, qu'ayant pû leguer ses meubles & acquests, & le quint de ses propres, il ait legué une Terre qui estoit environ la moitié de ses propres, sans toucher à ses meubles & acquests. Que si l'on a recours à nostre Droit François, l'on trouvera que les Coutumes declarent purement & simplement la nullité de ce qui est legué, audelà de ce qu'elles permettent, & en ordonnent de même le retranchement : Ainsi la Coutume de Bourbonnois, art. 291. dit : *Mais si ladite disposition, compris les legats, excede la quarte partie, le tout est reduit audit quart.* Celle d'Auvergne, chapitre 12. art. 43. dit la même chose. Mais celle de Meaux, art. 27. dit en cas pareil, que *le testament ne tient, & ne vaut en ce qui excede le tiers.*

6. Coutumes qui retranchent, d'autres qui annullent.

Raisons pour la recompense.

Raison pour la recompense.

Cependant la plus commune opinion est qu'en cette espece, il faut recompense : parce qu'il est permis de leguer la chose d'autruy, & principalement celle qui appartient à son heritier présomptif, & la présomption est, qu'en ce cas le testateur a legué la chose ; ou le prix & l'estimation, supposé que le maistre de la chose ne s'en voulût pas défaire ; ce qui ne reçoit qu'une seule exception, qui est lorsque la chose leguée est hors le commerce ; comme si c'est une chose sacrée, & c'est la disposition du §. *non solum* 4. aux Instituts *de legat.* & la Loy *Unum ex familia* 67. au § *si rem tuam* 8. *de legat.* 2. dit, que cela a lieu à plus forte raison, au cas que le testateur ait legué ce qui appartenoit à son heritier : parce qu'il l'a fait d'autant plus volontiers, que par cette disposition, il ne laisse point la peine à son heritier, d'aller racheter des mains d'un étranger la chose leguée, laquelle il a luy-même. *Sunt enim magis in legandis suis rebus ; quam in alienis comparandis & onerandis heredibus, faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit cùm dominium rei sit apud heredem.* Mais la pluspart limitent cette opinion, en disant qu'elle n'a lieu que quand le testateur n'a pas disposé des meubles & acquests, sur lesquels la recompense peut estre faite, & quand l'heritier, qui fait reduire le legs au quint des propres, a luy-même les meubles & acquests, auquel cas on présume, disent-ils, que le testateur a voulu que son heritier donnât des propres pour des meubles & acquests, qu'il pouvoit leguer, & que s'il ne consentoit pas à cet échange, il donnât des meubles & acquests à proportion de ce qu'il retrancheroit du legs des propres.

7. Limitation de l'opinion pour la recompense.

Ils ajoûtent qu'il n'en est pas de même lorsque celuy qui obtient la reduction au quint des propres, ne profite pas des meubles ni des acquests, & qu'ils appartiennent à un autre heritier, parce que l'on ne présume pas si aisément que le testateur ait voulu que l'éviction & le retranchement, qui se fait au profit d'un heritier, soit recompensé par un heritier d'un autre genre de biens, qui fait une succession differente.

Ils disent pour une autre limitation, que les heritiers doivent avoir dans chaque Coutume la quotité des propres, que la Coutume leur assûre, & que la recompense n'a lieu qu'a cette condition.

Enfin, la derniere limitation qu'ils apportent, est qu'il faut que chaque ligne ait ses quatre quints, & qu'il ne suffit pas qu'en general le testateur n'ait disposé que du quint des propres, si ayant laissé à une ligne plus qu'il ne luy estoit dû, il a ôté à l'autre une partie des quatre quints qui luy estoient dûs.

Conclusion contre la recompense.

Conclusion contre la recõpense. 8. Argument tiré de la disposition même qui ne comprend que des propres.

Pour me déterminer sur cette question, j'estime en premier lieu, qu'on se doit attacher à l'intention du testateur, lequel ayant disposé des propres, & non des acquests ; quoiqu'il sçût qu'il luy estoit plus libre de disposer de ceux-cy, est présumé n'y avoir pas voulu toucher. ☞ Ainsi nous ne les pouvons pas abandonner au legataire des propres par forme de remplacement, sans aller contre l'intention du testament : c'est pourquoy ce remplacement n'est pas plus juste au cas que les acquests soient en differentes Coutumes, (ce qui est le temperemment apporté par Brodeau, sous la lettre H. nomb. 16.) puisqu'une fois le testateur n'a pas disposé de ces acquests, & qu'il s'agit de l'execution de sa volonté.]

9. Autre argument tiré de la prohibition ou declaration de nullité qui se trouvent dans nos Coutumes.

En second lieu, j'estime qu'il faut suivre le texte de nos Coutumes, qui la plûpart usent de termes prohibitifs, & disent qu'on ne peut leguer qu'une certaine partie de ses propres, ou de ses autres biens, ou qui passent même jusques à declarer nulles les dispositions, entant qu'elles excedent ce qu'elles permettent. D'où je conclus, que ces expressions sont bien differentes de celles des Loix, qui décident, que le legs de la chose qui appartient à autruy, est bon & valable. Car enfin, ce qui est declaré nul par la disposition de la Loy, selon l'esprit de la Loy ne doit sortir aucun effet. C'est pourquoy quand la Loy a voulu que l'on recompensât le legataire & qu'on luy donnât l'estimation, elle n'a pas usé de termes prohibitifs, & n'a pas declaré la nullité du legs ; mais au contraire elle en a prononcé la validité.

10. Qu'en ces dispositions il est vray de dire, *fecit quod non potuit & quod potuit non fecit.*

En troisiéme lieu, il est vray de dire que dans ces sortes de legs qui sont contraires aux reserves, que les Coutumes ont faites en faveur des heritiers, le testateur fait ce qu'il ne peut pas valablement ; & qu'il ne fait pas, ce qui luy seroit permis : ce qui luy doit estre imputé, & doit tomber en pure perte sur les legataires, suivant la Loy *Quoties* 9. *ff. de hered. instit.* Et la Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 263. de la Coutume de Reims.

11. Que les Coutumes ordonnent précisément les subrogations & recompenses qu'elles desirent.

En quatriéme lieu, quand nos Coutumes veulent que dans la disposition, les propres soient subrogez aux meubles & acquests, ou que les meubles & acquests soient subrogez aux propres : par exemple, que le mineur de 25. ans puisse tester du quint de ses propres, lorsqu'il n'a aucuns meubles ni acquests, ce qui est le cas de l'article 294. de la Coutume de Paris : ou que celuy qui n'a point de propres ne puisse tester que d'une certaine partie de ses acquests, qui est le cas de l'article 84. de la Coutume de Xaintes, elles en ont des dispositions précises. Ainsi elles ordonneroient aussi-bien, si c'estoit leur esprit & leur intention, cette subrogation & recompense dans le cas dont il s'agit : cependant

il n'y a aucune Coutume dans le Royaume, qui dise, que le legs qui excede ce qu'elle permet de tester des propres, sera executé sur les meubles & acquests; quoique la plûpart limitent le legs des propres : ce qui me persuade fortement que cette recompense est une invention nouvelle absolument opposée à nôtre Droit coutumier. Au contraire, quelques-unes de nos Coutumes ont même exclu cette recompense en cas semblable; car ayant limité la disposition de la proprieté, elles ont ajoûté la même limitation pour la disposition de l'usufruit, pour terminer le doute que pourroit former un legataire de l'usufruit de tous biens, qui demanderoit la pleine proprieté, qu'on eut pû luy leguer, lorsque l'heritier se plaindroit de l'universalité de son usufruit. Ainsi la Coutume d'Anjou établissant en l'article 325. que l'on ne peut donner plus du tiers de son heritage, dit aussi, que l'on ne peut donner de son patrimoine à viage, ou usufruit, plus qu'à heritage, ou perpetuité : à quoy l'article 338. de la Coutume du Maine est conforme. En un mot, quand nos Coutumes établissent une reserve des quatre quints; ou d'une autre quotité des propres au profit des heritiers présomptifs, elles prétendent décider, que l'on ne peut donner atteinte à cette reserve ni directement, ni indirectement, & elles mettent cette quotité hors de la puissance du testateur. Car quoique dans le Droit Romain le testateur pourroit défendre la falcidie, suivant l'Authentique *Sed cum testator C. ad L. falcid.* dans nostre Droit, il ne peut déroger à celle-cy, & tous nos Auteurs en conviennent; mais il pourroit bien ordonner, qu'en cas que l'on contestât le legs au legataire, il seroit recompensé sur les meubles & acquests, & il suffit même que l'on puisse présumer, par quelques indices, qu'il ait eu ce dessein.

12. Préjugez dans nos Coutumes sur la question proposée.

13. Objection tirée de l'imputation que se fait au legitimaire de l'excedant de l'usufruit qui luy est legué.

L'on opposera peut-estre ce qui a esté dit de la legitime de droit sect. 4. que le fils legataire du simple usufruit, ou de la nuë proprieté de tous les biens, & qui demande la legitime en pleine proprieté, est tenu d'imputer l'excedant de simple usufruit, sur la pleine proprieté qu'il a droit d'obtenir, ce qui fait une recompense au profit de celuy qui fournit la legitime, & du fils qui la demande, à peu prés semblable à celle dont il s'agit.

14. Réponse & difference entre ces deux especes.

Je répons, que la raison de difference est que la legitime de droit ne fait point de nullité dans le legs qui la blesse, & quand le testateur a legué la nuë proprieté de tous ses biens, la legitime du fils ne rend pas sa disposition nulle; mais l'assujettit seulement à estre reduite : ce qui se fait par la voye de la querelle d'inofficiosité, dans laquelle l'on examine le tort & le préjudice souffert : ensorte que la recompense a lieu dans cet examen & ce jugement; mais dans la legitime coutumiere, la Loy municipale prohibe & annulle ce qui entâme les quatre quints, comme un point où le testateur a excedé son pouvoir. Ainsi la disposition, en ce qu'elle est declarée nulle, ne doit avoir aucun effet, ni aucune recompense, suivant ce qui est dit en la Loy derniere *C. de reb. alien. non alien.* que quand on défend d'aliener, cette prohibition absoluë comprend même l'alienation de l'usufruit.

15. Objection tirée de la recompense dûe au legataire du mari qui a legué plus que sa moitié des conquests.

L'on peut encore objecter la commune opinion, laquelle au cas de l'article 296. de la Coutume de Paris, & lorsqu'un mari a legué plus de la moitié des conquests, donne recompense au legataire. Mais ma réponse est, que cette opinion même m'a toûjours paru injuste, tant à cause des termes prohibitifs de cet article, qui dit que *le mari ne peut*, que parce qu'en cela le mari a disposé sur le fondement de ce qu'il avoit toûjours esté maistre de ce conquest, & en droit d'en disposer entre-vifs : ainsi estimant la chose sienne, ce qui est le cas où le Droit refuse la recompense.

16. Autoritez de Coquille & de Chopin contre la recompense.

Il faut finir cette question par les autoritez, & principalement du judicieux Coquille, lequel sur l'article 1. du titre des testamens de la Coutume de Nivernois, conclut formellement contre cette recompense. Et Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, livre 2. titre 4. nombre 16. combat l'opinion de Maistre Charles du Molin, lequel sur l'article 2. du titre des Donations de la Coutume de Montargis, avoit conclu pour la recompense, & s'attache à la disposition de cette Loy derniere *C. de reb. alien. non alien.* & l'on peut même citer l'opinion de Maistre Charles du Molin sur l'article 263. de la Coutume de Reims, à laquelle il ne dit rien de contraire, qu'en cet endroit de la Coutume de Montargis : car pour sa Note sur l'article 41. du titre 12. des Successions & Testamens de la Coutume d'Auvergne, laquelle on cite ordinairement, pour appuyer l'opinion de la recompense, elle ne concerne point la question, n'allant qu'à dire, que celuy qui par la Coutume ne peut disposer que de la quatriéme partie de ses biens, peut aller plus loin, quand il a du bien en d'autres Coutumes, où il luy est permis de faire de plus grands legs. *Fallit si habet bona alibi, ubi potest amplius legare.*

17. Maistre Charles du Molin s'est partagé sur la matiere.

18. Arrest contre la recompense.

Enfin, il y a plusieurs Arrests qui autorisent l'opinion qui vient d'estre établie, ☞ celuy du 21. Janvier 1631. rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 2. chap. 73.] celuy rapporté par Monsieur Loüet lettre V. nombre 8. en datte du 28. Novembre 1537. qui jugea, qu'un legs de l'usufruit de tous les propres, se devoit reduire à l'usufruit du quint des propres, sans autre recompense: sur lequel Maistre Julien Brodeau convient que l'opinion que nous soûtenons, qui va à exclure la recompense, est la plus reguliere.

L'on en pourroit encore rapporter quantité d'autres qui sont dans le même Auteur sous la lettre H. nombre 16. & dans Maistre Jean Marie Ricard, partie 3. chapitre 9. sect. 1. Mais comme il y en a de contraires, il faut s'attacher principalement à un dernier, rendu le 15. Juin 1673. en la troisiéme Chambre des Enquestes, en l'affaire de Monsieur Benoise Conseiller en la Cour, contre Monsieur Benoise Maistre de Requestes, Dame Marie Benoise, femme de Monsieur de Brillat, Conseiller en la Grand'Chambre, & consorts, lequel a confirmé la Sentence des Requestes du Palais, qui avoit debouté Monsieur Benoise de sa demande afin de pareille recompense : & cet Arrest est d'autant plus remarquable, que dans l'espece Monsieur Benoise Conseiller en la Grand'-Chambre, ayant fait tous ses heritiers présomptifs, ses legataires universels ou particuliers, il y eut quelques-uns des legataires universels, qui par intelligence avec les autres, renoncerent au legs universel, & declarerent qu'ils se tenoient aux propres, pour avoir lieu de demander la reduction des legs particuliers au quint des propres : & quoique cette intelligence fût assez évidente, la Cour s'attachant à la question generale de la recompense, jugea qu'elle n'avoit point lieu en pareil cas, & que ce qui excedoit le quint des propres dans une disposition testamentaire, devoit estre reduit sans aucune recompense.

19. Arrest de Benoise contre la recompense.

J'estimerois neanmoins, que si le testateur n'avoit pas legué ses propres; mais une somme de deniers à prendre sur ses propres, quoiqu'elle excedât la valeur du quint, ou autre quotité permise,

20. Qu'si le testateur a legué une somme excessive à

prendre sur les propres.

mise, on ne laisseroit pas d'accomplir la disposition sur les meubles & acquests, l'assignat estant censé démonstratif.

21. S'il suffit de laisser à tous ses heritiers le quint des propres; ou s'il le faut laisser à chaque ligne.

En traitant la question précedente l'on en a touché une approchante, qui est de sçavoir s'il suffit à un testateur, lequel a des heritiers de diverses lignes, de ne leguer que la partie de ses propres en general, dont la Coutume luy permet de disposer : par exemple, si c'est à Paris, de ne leguer que le quint de tout ses propres en general, soit paternels & maternels : & si sur ce fondement il peut leguer une maison de ses propres paternels, laquelle ne fait que le quint de ses propres paternels & maternels ; quoiqu'elle fasse la moitié des propres paternels, ou s'il est obligé de laisser à chaque ligne, les quatre quints des propres de la même ligne, ensorte qu'ayant legué cette maison, que l'on suppose faire la moitié des propres paternels, la disposition soit reductible, sans qu'il en soit dû aucune recompense au legataire, suivant ce qui a esté établi en la question précedente.

Qu'il suffit de leur laisser à tous en general le quint des propres.

Qu'il suffit de leur laisser à tous en general le quint des propres. 22. Raison tirée de l'article 292. de la Coutume de Paris.

Ce qui semble appuyer le droit du testateur pour pouvoir tester en une seule piece du quint de tous ses propres, c'est le texte de la Coutume de Paris, laquelle en l'article 292. *permet à toutes personnes saines d'entendement, âgées & usant de leurs droits, de disposer par testament & ordonnance de derniere volonté, au profit de personne capable, de tous leurs biens meubles, acquests ou conquests immeubles, & de la cinquiéme partie de tous leurs propres & heritages, & non plus avant.* Or la Loy qui permet de disposer de la cinquiéme partie de tous ses propres & heritages, le permet indistinctement : Aussi elle n'est pas censée avoir voulu obliger le testateur à morceller ses biens, pour remplir le pouvoir qu'elle luy accordoit de disposer, ni à donner un quint d'un heritage, & un quint d'un autre : puisque c'est perdre, que de diviser ainsi, & quelle n'oblige pas à cela les heritiers, quand ils partagent *ab intestat* ; mais les invite toûjours, aussi-bien que le juge de leur partage, à conserver les biens en leur entier: Enfin, ce parti semble d'autant plus juste, que souvent les heritiers de diverses lignes, estant en égal degré, & succedant tous aux meubles ils sont coheritiers entr'eux, en tout cas, ils partagent necessairement les dettes, & ainsi ils se doivent recompenser les uns les autres, en ces occasions. *Sed si essent ejusdem gradus heredes, propria unius lateris nullam haberent vicem separata hereditatis ; sed solum cujusdam prælegati*, dit Maistre Charles du Molin, sur l'art. 22. de la Coutume de Paris, gl. 1. n. 98. qu. 29. Aussi Maistre René Chopin a suivi cet avis, lorsqu'il a dit sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 1. nomb. 3. & 4. *ex patrimoniis variarum linearum cognationis dominus potest extraneo donare universa unius linea bona, modo donata non excedant tertiam partem totius patrimonii donatoris.*

23. Que dans la succession testamentaire, aussi bien que dans la succession *ab intestat*, l'on doit morceller les biens le moins que l'on peut.

24. Que souvent les heritiers de diverses lignes sont coheritiers entr'eux.

Qu'il faut à chaque ligne ses quatre quints.

Qu'il faut à chaque ligne ses quatre quints. 25. Que la Coutume n'a consideré que la ligne, dans

Il faut dire, nonobstant tout cela, que chaque ligne doit avoir ses quatre quints, & que la disposition dont il s'agit, doit estre reduite, sans aucune recompense, ni sur les propres maternels, ni sur les meubles & acquests, parce qu'il faut s'attacher principalement à l'intention de la Coutume, laquelle en établissant la distinction des propres pour les successions, & en limitant la disposition des mêmes propres, pour les testamens, n'a considere en tout cela, que l'interest de la ligne : Ainsi dans le dernier établissement elle a voulu que la ligne paternelle eût ses quatre quints, quoiqu'elle parle des propres en general, & permette indéfiniment de disposer du quint des propres, de même que quand elle dit en l'art. 295. que *si l'heritier se veut contenter de prendre les quatre quints des propres, faire le peut* ; car ces termes s'entendent distributivement pour l'heritier, ou les heritiers de chaque ligne.

la distinction des propres & l'établissement des reserves.

26. Que la distinction des propres seroit inutile, si la reserve ne s'entendoit distributivement pour chaque ligne.

En effet, ce seroit inutilement que la Coutume distingueroit les lignes, pour les successions, si elle ne les distinguoit pour cette reserve, qui assure seule les successions : & l'art. 326. du tit. des Successions, qui attache les propres à ceux du côté & ligne, ne se verifieroit pas, si le 292. n'établissoit la reserve des propres, au profit de chaque ligne en particulier. Ainsi il est vray de dire, que le testateur qui donne audelà du quint de ses propres paternels, contrevient à cette reserve, & à cet article, qu'il excede son pouvoir en ce point, quoiqu'il ne le remplisse pas à l'égard des autres biens, ausquels il ne touche pas, & que son legataire ne peut demander de recompense. Nous avons même quelques Coutumes qui en disposent ainsi, celle d'Anjou, art. 324. celle du Maine, art. 339. celle de Bretagne, art. 200. Au surplus, il n'y a pas d'apparence de donner derechef aux heritiers grévez des recours de garantie, qui bien souvent leur seroient inutiles, en leur causant plus de frais que de profit. Voyez cy-dessus nomb. 7. & suivans.

27. Décisions des Coutumes sur la question.

28. Que la décision doit avoir lieu au cas même que les heritiers des propres soient en pareil degré.

Enfin, cette décision doit avoir lieu, au cas même que les heritiers de diverses lignes ayent quelque chose de commun, & soient coheritiers à l'égard des meubles : car cela ne les rend pas coheritiers à l'égard des propres de diverses lignes, qui font des successions differentes : Aussi bien souvent ils se sont absolument étrangers les uns aux autres ; & ce concours du sang qui réünissoit des biens de diverses lignes, en la personne du défunt, étant fini par son decés, ces biens se divisent derechef, & font des patrimoines differens, passant à des personnes qui ne se touchent d'aucune parentelle.

Que si les biens de l'heritier, dont le testateur auroit donné les propres, estoient confisquez, au cas, par exemple, qu'il fût banni à perpetuité, le fisc estant à ses droits, ne pourroit pas demander la reduction dont il s'agit, qui n'est établie que pour les successions regulieres.

29. Comment se fait cette reduction.

L'obligation où est le testateur, de laisser à chaque ligne ses quatre quints, ou autre quotité, que la Coutume luy destine dans les propres, fait que souvent la reduction des legs se fait, à l'égard des propres d'une ligne, qui ont esté leguez ; & qu'elle n'est point necessaire à l'égard des propres d'une autre ligne : ce qui est constant pour les legs de corps certains.

Que si le testateur a legué plusieurs corps certains d'une même ligne, & que le total excede le quint des propres de cette ligne, les legs seront diminuez au sol la livre.

Il en est de même si le testateur a fait des legs de sommes de deniers à prendre sur des corps certains d'une même ligne.

Enfin, si les legs sont de sommes de deniers, à prendre indéfiniment sur tous les biens, & qu'ils excedent les meubles & acquests, & le quint des propres, ils seront pareillement diminuez au sol la livre. Voyez le nomb. 63.

Il resulte de ce qui vient d'estre dit, au sujet 30. Si un

testateur ayant legué à un étranger l'usufruit de tous ses propres, ce legs doit estre reduit au quint des propres, ou au quint de l'usufruit des mêmes propres.

de la question précedente, la décision d'une autre question, que l'on forme sur cette matiere, qui est de sçavoir si un testateur ayant legué à un étranger l'usufruit de tous ses propres, le legs doit estre reduit au quint des propres, ou au quint de l'usufruit des mêmes propres. Car il faut dire qu'il doit estre reduit au quint de l'usufruit, à moins qu'il ne paroisse par quelques indices, que le testateur ait souhaité qu'on recompensast le legataire en cas d'éviction, parce que le testateur n'ayant point disposé de la proprieté de ses propres, c'est contrevenir à son intention, que de donner à ce legataire une partie de ces biens en pleine proprieté: D'ailleurs, ce seroit s'éloigner de l'esprit de la Coutume, qui marque assez qu'il faut reduire une disposition de cette nature, sans aucune recompense, lorsqu'elle declare indistinctement la nullité de ce qui est legué au-delà du quint des propres, ou qu'elle use de termes prohibitifs de disposer audelà de cette quotité. Il n'en est pas de même de cette legitime, que l'on appelle *coutumiere*, que de la legitime de droit: car ce qui blesse la legitime de droit n'est pas nul, mais doit souffrir le retranchement, au lieu que ce qui blesse la legitime coutumiere, est nul de plein droit.

31. La recompense ordonnée par le testateur doit s'executer, soit qu'il ait commencé *à licitis*, ou *ab illicitis*.

Que si le testateur a ordonné la recompense sur les biens libres, elle doit estre executée indistinctement, soit qu'il ait commencé par disposer des propres, & qu'il ait ajoûté qu'en cas que l'on demandât la reduction de sa disposition, l'on recompenseroit le legataire en biens libres, c'est à dire, en meubles & acquests; soit qu'il ait commencé par donner des meubles & acquests, & qu'il ait ajoûté cette alternative, *Si mieux n'aiment mes heritiers abandonner au legataire telle maison ou heritage de mes propres*; ce qui s'appelle commencer *ab illicitis* ou *à licitis*: Car c'est assez que le testateur se soit expliqué sur la recompense, pour laquelle il suffiroit même au legataire d'avoir des présomptions.

32. S'il est necessaire d'avoir fait inventaire pour demãder cette legitime.

Au surplus, il n'est point absolument necessaire d'avoir fait inventaire pour demander cette legitime, ce qui dépend des mêmes raisons pour lesquelles nous établirons au liv. 3. chap. du Benefice d'Inventaire, n. 74. que cette formalité n'est point essentielle pour la legitime de droit, si ce n'est que l'on dise que l'inventaire soit necessaipour regler l'une & l'autre legitime, mais ce n'est pas une formalité qui doive préceder, & dont le défaut soit un juste sujet de priver un heritier de l'une ou de l'autre legitime: Que si l'Arrest du 19. Decembre 1595. rapporté par Monsieur Loüet, lettre L. nomb. 7. semble avoir jugé le contraire, ç'a esté sur des circonstances particulieres, & parce qu'il ne s'agissoit que d'un legs de trois cens livres qui estoit demandé à des heritiers, qui avoient joüy pendant cinq années des effets de la succession, lesquels on jugea n'estre pas recevables, aprés un si long temps, à demander la reduction d'un legs si modique. Et quoique l'on pourroit s'imaginer quelque difference à cet égard entre la legitime de droit, qui concerne les enfans, & nostre legitime coutumiere, qui concerne tous les heritiers, & principalement les collateraux, l'une estant constamment plus favorable que l'autre. Neanmoins je ne vois pas qu'il y ait lieu de l'appliquer à la question, dont il s'agit, puisqu'il y auroit à peu prés autant de rigueur à priver des enfans & des collateraux de leurs legitimes, sous prétexte qu'ils n'auroient pas fait d'inventaire, les enfans semblant même estre plus obligez que les collateraux, à observer des formalitez pour parvenir à leur legitime, laquelle se prend sur des donations qui subsistent de plein droit, au lieu que celle des collateraux se prend sur des donations qui sont nulles de plein droit, jusqu'à la concurrence de ce qui blesse cette legitime.

Il ne ne faut pas finir cette matiere sans toucher une question journaliere, qui en fait partie, & où l'on demande si dans les Coutumes que l'on appelle *de subrogation*, & dans lesquelles il est dit, par exemple, que celuy qui n'a point de propres, ne peut disposer que d'une certaine partie de ses acquests, & que celuy qui n'a ni propres ni acquests, ne peut disposer que d'une certaine partie de ses meubles, ce que l'on appelle dans ces Coutumes n'avoir point de propres ou d'acquests, s'entend de n'en avoir point du tout; ou si cela s'entend de n'en avoir pas une quantité raisonnable: si cela s'entend de n'en avoir pas en qualité, ou de n'en avoir pas en quantité, question des plus triviales, entre celles qui concernent cette legitime coutumiere des heritiers présomptifs.

33. Si dans les Coutumes de subrogation pour disposer de ses meubles & acquests, il est necessaire d'avoir des propres en quantité, ou s'il suffit d'en avoir en qualité.

Raisons pour montrer qu'il suffit d'avoir des propres en qualité.

Raisons pour monstrer qu'il suffit d'avoir des propres en qualité.

Le parti des propres en qualité est d'autant plus facile à défendre, qu'il est fondé sur les termes précis des Coutumes de subrogation: car quand une Coutume dit, *qui n'a que meubles, n'en peut disposer que de la moitié*, elle s'explique assez: que celuy qui a pour cent livres de propres peut disposer de ses meubles, parce qu'il n'est pas vray de dire, qu'il n'ait que des meubles, ces termes *qui n'a que meubles*, dont usent la plûpart des Coutumes de subrogation, sont même importans, & disent beaucoup plus que ceux-cy, *qui n'a point de propres*; car si l'on pouvoit prétexter que celuy qui n'a que pour cent livres de propres, & qui a pour dix mille livres de meubles, est reputé n'avoir point de propres, au moins en comparaison de ce qu'il a de meubles, & qu'ainsi ces termes *qui n'a point de propres*, ne se verifieroient point en sa personne, l'on ne peut pas dire que la même personne n'ait que des meubles, & qu'ainsi ces termes de la Coutume, *qui n'a que meubles*, se verifient à son égard: car au contraire, il est certain que dés qu'il a pour cent livres de propres, il a plus que des meubles, ou qu'il a autre chose que des meubles.

34. Raison tirée de ces termes dont usent la plûpart des Coutumes, *Qui n'a que meubles*.

En second lieu, il semble que non seulement c'est le parti le plus seur que de s'attacher en ce rencontre au sens litteral de la Coutume; mais encore que c'est le plus avantageux dans le public, le parti contraire estant une tres-grande pepiniere de difficultez. Car comme il est constant qu'il n'y a point de Coutumes qui reglent ce qu'il faut avoir de propres, pour pouvoir disposer de ses meubles, & qui disent qu'il soit necessaire d'avoir autant de propres, ou d'avoir la moitié ou le quart de propres, de ce qu'on a de meubles, les parties flottent dans une incertitude perpetuelle, pour sçavoir si ce qu'ils ont de propres ou d'acquests, suffit pour leur permettre de disposer de leurs meubles, & cette incertitude peut faire obstacle à la liberté de tester: & quand ils ont hazardé leurs dispositions, sans pouvoir mourir avec cette juste consolation, d'estre asseurez que leurs dernieres volontez seront executées, alors ils laissent leurs heritiers & leurs legataires dans la même perplexité, chacun prenant, par une espece de necessité, le parti qui luy est avantageux, & qu'il croit autorisé de la raison ou de la Coutume: cela les jette dans des discussions

35. Que le parti des propres en qualité fait moins de procés.

superfluës pour faire estimer les propres & les acquests, & les comparer à la valeur des meubles : & les Juges mêmes se trouvent assez embarassez, lorsque d'un côté on leur montre le texte précis de la Loy ; & que de l'autre on prétexte des raisons d'équité: Or il semble que l'on évite cet inconvenient en s'attachant à la Coutume, & prenant pour reglement, en cette matiere, les termes dont les Redacteurs & Reformateurs des Coutumes se sont servis en tres-grande connoissance de cause.

36. Que cette opinion se doit suivre, soit qu'il s'agisse de l'interest des enfans ou des collateraux.

Que si ces raisons ne doivent laisser aucune difficulté, quand il s'agit même de l'interest des enfans, qui soûtiennent que leur pere n'a pas pû disposer de ses meubles, & contre lesquels on doit juger que dès qu'il a eu pour cent livres de propres, il a pû disposer de tous ses meubles, en eût-il pour dix mille livres, à plus forte raison, doivent-elles militer contre des heritiers collateraux.

37. Autoritez pour cette opinion.

En troisiéme lieu, cette opinion est appuyée d'un tres-grand nombre d'autoritez & de préjugez. Vigier, sur l'article 49. de la Coutume d'Angoumois, est d'avis que cela se doit ainsi juger, au moins quand le legataire n'a affaire qu'à des heritiers collateraux. Mingon, sur le 327. de la Coutume d'Anjou, & la Rochemaillet, sur le 332. sont d'avis qu'il suffit d'avoir des propres en qualité. Brodeau est de même avis sur le 332. de celle du Maine, & Gousset sur le 82. de celle de Chaumont, nombre 29. Palu sur le 238. de la Coutume de Tours, Imbert en son Enchiridion, *verb. instit. hered.* Monsieur le Prestre 4. Cent. chap. 85. & Monsieur Loüet, lett. D. nomb. 45. où il rapporte l'Arrest de saint Prix, du mois de Juillet 1605. Il y a un autre Arrest du 6. Avril 1658. rapporté par Brodeau, en la lettre D. nomb. 45. & tiré du second Tome du Journal des Audiences, livre 1. chapitre 40.

Raisons pour montrer qu'il faut avoir des propres en quantité.

Raisons pour montrer qu'il en faut en quantité.

La raison la plus prompte pour justifier que pour disposer pleinement de ses meubles dans la Coutume d'Anjou, & dans les autres Coutumes de subrogation, il est necessaire d'avoir des propres en quantité, & qu'il ne suffit pas d'en avoir en qualité seulement, est que c'est à peu prés la même chose de n'avoir que pour cent livres de propres, ou de n'en avoir point du tout, lorsque l'on a des meubles considerablement ; par exemple, pour huit ou dix mille livres, parce que *in toto jure parum & nihil aequiparantur, L. quamvis ff. de condit. & demonstrat.*

38. *In jure parum & nihil aequiparantur.*

39. Que la précaution de ces Coutumes seroit bien inutile, si ces reserves ne s'entendoient avec effet.

La seconde raison est, que ces Coutumes ne prendroient pas tant de précautions pour faire des reserves aux heritiers, si elles ne présupposoient que ces reserves seroient avec effet. Car l'on voit que ces sages Loix subrogent les uns aux autres des biens de diverses natures, les acquests aux propres, & les meubles aux acquests, afin que celuy qui ne laisse point de propres, laisse des acquests à ses heritiers, & que celuy qui ne leur peut laisser ni propres ni acquests, leur laisse au moins une bonne partie de ses meubles. Que si un poulce de terre suffisoit pour satisfaire à ces dispositions & à cette volonté enixe, dont s'expliquent ces Coutumes, que l'on laisse du bien à ses heritiers, en verité elles auroient bien travaillé en vain, & leurs précautions seroient bien inutiles.

Or les Loix se doivent toûjours entendre avec effet, & c'est pour cela que Monsieur Benoist sur le chap. *Raynut. in verb. & uxorem nomine Adelasiam, decis. 5. n. 242.* est d'avis en cas semblable, qu'une femme qui n'a eu qu'une tres-petite dot, estant veuve d'un mari opulent, peut demander la quarte de l'Authentique *preterea*, par la raison tirée de la maxime ordinaire, que *in toto ferè jure parum & nihil aequiparantur.* C'est sur le même fondement que l'Ordonnance de Moulins ayant limité les substitutions graduelles à deux degrez, l'on a jugé que ceux qui mouroient avant l'ouverture de la substitution, ou avant que d'avoir accepté, n'estoient point comptez, & que le degré permis devoit estre entendu avec effet ; qu'enfin, celuy qui doit rendre incessamment, ne fait point non plus de degré, parce qu'il ne possede pas avec effet : il en est de même de celuy qui n'est pas obligé à la verité de rendre incessamment ; mais qui, dans le temps qu'il restituera, doit rendre les biens & les fruits & joüissances : ensorte qu'il ne luy doit rien rester de la disposition, que la peine d'avoir presté son nom & son ministere, & d'avoir esté le canal pour porter les liberalitez du donateur dans les mains d'un autre, comme dans le cas de la Loy *In fideicommissis §. cum Pollidius ff. de usuris.*

La troisiéme est, que ces Coutumes s'en expliquent assez, quand elles fixent ce que l'on doit reserver, comme fait la Coutume d'Anjou, art. 340. où à défaut de propres, elle veut que l'on laisse la moitié de ses meubles à ses heritiers : car comme l'attirail des meubles, & ce que l'on appelle *le mobilier* d'une succession, répond ordinairement aux forces de la succession, n'arrivant presque jamais que celuy qui a un peu de bien ne laisse du mobilier raisonnablement, elles font par là une reserve efficace au profit des heritiers *ab intestat.* C'est pourquoy on ne se doit pas imaginer que quand elles disent que celuy qui n'a point de propres, doit reserver la moitié de ses meubles, elles se contentent que l'on laisse pour cinq sols d'immeubles, ce qui ne se rapporteroit pas à la moitié du mobilier, qu'elles ordonnent estre reservé à défaut de propres : au contraire, la disposition expresse devant faire présumer la disposition tacite, il faut conclure, que comme elles déclarent vouloir que l'on laisse efficacement à ses heritiers des meubles à défaut de propres, elles présupposent aussi qu'il faut laisser une quantité raisonnable de propres, pour n'estre pas obligé de reserver tout d'un coup la moitié de ses meubles & effets mobiliers : parce que *provisio facta in unum casum, extenditur in alium, in quem similiter lex providisset, si de eo cogitasset,* & l'on doit expliquer, autant que l'on peut, les Coutumes par elles-mêmes. 40. Que les Coutumes de subrogation s'expliquēt assez de cette question.

La quatriéme est, qu'un testateur, qui voyant sa Coutume subroger ses acquests aux propres & ses meubles aux acquests, & user de tant de sages précautions pour assurer du bien à ses heritiers présomptifs, dit en luy-même ; *Je laisseray pour cinq sols de propres à mes heritiers, & je disposeray en même temps de dix ou douze mille livres de meubles,* commet ce qui s'appelle en termes de Droit une veritable fraude contre les Loix, selon la définition des Loix mêmes, qui s'en expliquent ainsi en la Loy *Contra 28. ff. de legibus.* 41. Qu'en ce cas le testateur commettroit une veritable fraude contre la Loy.

La cinquiéme est, qu'entre les Coutumes de subrogation toutes celles, qui ont prévû le cas dont il s'agit, l'ont décidé en faveur de cette opinion, & ont décidé qu'il ne suffisoit pas d'avoir des propres, ou d'une autre espece de biens, en qualité ; mais qu'il en falloit avoir en quantité, pour pouvoir disposer du reste de ses biens. Ainsi

42. Décision précise de quelques Coutumes. la Coutume d'Estampes, art. 105. dit, *& s'il n'y a meubles, ou qu'il y en eust si peu, qu'il ne dût venir en consideration, leurs immeubles, tant propres, qu'acquests, succedent au lieu des meubles, pour pouvoir valablement disposer des acquests & propres.*

C'est aussi la disposition de la Coutume de Montfort, art. 89. de celle de Vermandois, art. 59. de celle de Mantes, art. 155. de celle de Châlons, art. 68. de celle de Reims, art. 290. de celle de Poitou, art. 208.

43. Autoritez pour le parti des propres en quantité. Il faut ajouter que tous les bons Auteurs ont esté de cet avis. Chopin sur Paris, liv. 2. tit. 3. nombre 11. Maistre Charles du Molin, sur l'article 49. de la Coutume d'Angoumois, où il a fait cette fameuse Note : *Scilicet notabile, non enim intelligitur de vili cespite terræ, verba cum effectu notabili accipienda, & ita ante 25. annos mecum sentiebat & consulebat dom. Matth. Quadrigarius consultissimus.* Et sur l'article 238. de la Coutume de Touraine, il a appliqué cette Note aux Coutumes de Touraine & d'Anjou, Monsieur d'Argentré, sur l'art. 219. de Bretagne, gl. 2. Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. nomb. 1479. de la derniere impression. Tous ces Auteurs n'ont point entendu distinguer entre la directe & la collaterale : le dernier s'en explique précisément, & cette distinction est moins à proposer pour l'Anjou & quelques autres Coutumes, qui établissent une legitime égale, & commune pour les deux lignes, & qui sont aussi des Coutumes d'égalité, pour l'une & l'autre ligne, & où enfin les aînez tant en directe que collaterale, ont un droit d'aînesse.

L'on voit aussi que pareille question s'estant presentée pour la Coutume de Paris, en interpretation de l'art. 294. tout le monde a estimé, & entr'autres Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. des Donat. nomb. 1493. de la derniere impression, que pour disposer du quint de ses propres à vingt ans, il suffisoit de n'avoir pas une quantité raisonnable de meubles.

44. Préjugé pour la Coutume de Paris. Enfin, les Arrests ont décidé la question conformément à nostre opinion. Il y en a deux rapportez dans Vigier, sur l'art. 49. de la Coutume d'Angoumois, l'un du 23. Juin 1585. l'autre du 24. Mars 1623. & cet Auteur est d'avis qu'il n'y a point de distinction à faire entre les deux lignes : quoiqu'il rapporte un Arrest, qu'il dit que l'on croit avoir jugé le contraire ; mais qu'il sçait avoir esté rendu sur des particularitez. Maître

45. Arrests qui ont décidé pour le party des propres en quantité. Antoine Mornac en rapporte un conforme sur la Loy 11. *ff. de dolo.* Gandillaud le rapporte aussi sur cet art. 49. de la Coutume d'Angoumois. Chopin, sur Paris, liv. 2. tit. 3. nomb. 11. Pallu, sur l'art. 238. de la Coutume de Tours, nomb. 4. 5. & 6. en rapporte deux, l'un du 14. Aoust 1656. l'autre du 31. Aoust 1547. Maistre Julien Brodeau sur Monsieur Loüet, lettre D. nomb. 45. & nous avons dans le Journal de Maistre Soüefve, part. 2. chap. 18. pag. 376. l'Arrest du 29. Juin 1668. rendu à l'ouverture du rôlle de Poitou, plaidant Maistre Loüis Hideux, qui confirmant l'interlocutoire des Juges de Poitiers, lesquels pour connoistre la valeur des meubles & acquests, & la proportion des propres, avoient ordonné, en pareille espece, qu'inventaire seroit fait des biens de la succession, a décidé la question même pour la ligne collaterale : ce qui est important à observer.

46. Dernier Arrest. Depuis ayant écrit en un procés de pareille espece, pour Laurent Boisard, Ecuyer sieur de Marolles, Gentilhomme servant de la Maison du Roy, contre le sieur Boisard, Lieutenant General à Chinon, & ayant soutenu qu'il estoit necessaire pour pouvoir disposer de tous ses meubles dans la Coutume d'Anjou, d'avoir des propres en quantité, & qu'il ne suffisoit pas d'en avoir en qualité, je fis ainsi juger la question, premierement, par Sentence de Messieurs des Requestes du Palais, renduë au rapport de Monsieur Petau, & ensuite par Arrest du 2. Juillet 1668. au rapport de Monsieur Brayer. C'estoit un oncle qui avoit testé.

Les objections de ceux qui soutiennent le parti contraire, se refutent assez par ce qui vient d'estre dit, & principalement la premiere objection qui concerne les termes & l'esprit des Coutumes de subrogation. 47. Réponse aux objections.

A l'égard de la seconde qui concerne la difficulté qu'il y a de regler ce qu'il faut avoir de propres, & les frequens procés que l'opinion qui vient d'estre établie, peut produire. Je réponds avec Monsieur d'Argentré sur l'article 219. de la Coutume de Bretagne, glose 2. *sic temperandum ut aliqua ex parte respondeant quæ heredibus relinquuntur.* Que si cette opinion laisse necessairement à l'équité à juger quelle proportion il doit y avoir entre ce qu'on laisse aux heritiers, & ce qu'on leur vient d'ôter. Il semble qu'il y a bien moins d'inconvenient à cela, qu'à quitter & abandonner l'esprit d'une Coutume, qu'à rendre un article de Coutume établi pour le bien des familles, frivole & inutile, & qu'à s'éloigner de l'avis des meilleurs Auteurs & de l'autorité des choses jugées.

Que s'il faut avoir des propres en quantité, l'on compte au moins ceux que le défunt a donnez à ses heritiers presomptifs : ce qui est sujet à explication. Par exemple, dans une des Coutumes, où il faut avoir du patrimoine pour donner ses meubles & acquests, soit à l'heritier présomptif, soit à un étranger, si quelqu'un a disposé de son patrimoine au profit de tous ses heritiers présomptifs, il pourra donner aprés cela ses meubles & acquests à qui il voudra ; parce que les heritiers présomptifs, à qui il aura donné son patrimoine, ne pourront pas objecter qu'il n'en avoit plus, lorsqu'il a donné ses meubles & acquests, ni faire de ce défaut de patrimoine un moyen, pour donner atteinte à la donation qu'il aura faite de ses meubles & acquests, parce que la condition est censée accomplie à leur égard. Aussi cette question a esté ainsi jugée pour la Coutume d'Angoulême, par Arrest du 30. Juin 1646. rapporté par Vigier, sur l'article 49. de la Coutume d'Angoumois. J'ay supposé dans l'hypothese, que le défunt avoit donné son patrimoine à tous ses heritiers présomptifs : parce qu'il n'en seroit pas de même s'il en avoit favorisé quelqu'un, oubliant les autres : car, en ce cas, il seroit vray de dire à l'égard de ceux-cy, que le défunt n'avoit point de patrimoine, & que par consequent il ne pouvoit pas donner ses meubles & acquests : ceux-cy seroient bien fondez à intenter la querelle des reserves coutumieres, le défunt n'ayant point laissé de patrimoine, auquel ils puissent prendre part. Celuy qui a donné de ses propres à ses heritiers présomptifs, n'est pas censé sans propres.

Sur le même fondement si quelqu'un domicilié & ayant ses propres à Paris, en dispose par testament audelà du quint, & en favorise un de ses heritiers présomptifs, il semble que la disposition peut valoir, pourvû que ce que le testateur a ainsi donné audelà du quint de ses propres, n'excede pas la part que cet heritier legataire auroit eu dans ses propres. Et quoique l'usage soit contraire, neanmoins la proposition semble pouvoir estre appuyée sur plusieurs raisons. La Si à Paris ce que l'on donne à un de ses heritiers audelà du quint des propres, est toûjours sujet à retranchement.

premiere, qu'il en est icy de même de la legitime coutumiere, que de la legitime de droit : or un pere qui ayant quatre enfans & quarante mille livres de bien situé à Paris, disposeroit de 25000. livres au profit d'un de ses enfans, ne seroit pas censé avoir blessé la legitime des autres, ausquels il resteroit toûjours les quinze mille livres, à quoy elle monte, ce qui peut passer pour constant : & c'est ce qui s'appelle faire part dans la legitime, quand un enfant donataire poursuivi pour fournir à ses freres leur legitime, commence par se compter luy-même. C'est pourquoy il semble que l'on peut dire icy que l'heritier legataire fait aussi part dans la legitime coutumiere des heritiers *ab intestat*, & que ceux-cy ayant leurs parts & portions de la legitime coutumiere, ne souffrent aucune lezion. La seconde, qu'un testateur, qui en use ainsi, fonde sa disposition sur celle de la Coutume, laissant à ceux qui doivent estre ses heritiers *ab intestat*, leurs parts dans les quatre quints de ses propres. Ainsi on ne doit pas donner atteinte à un legs que le testateur a fait sur le fondement de la justice, & de la disposition de la Loy. La troisiéme, qu'il n'est pas sans exemple qu'il soit permis de toucher aux reserves coutumieres, quand on le fait au profit de ses heritiers : ainsi en directe un pere dispose valablement de tout son bien, même de ses propres, quand il le fait entre ses enfans, & que par un partage anticipé il conserve à peu prés à chacun d'eux ce qui luy appartient. La quatriéme, que si l'on dit ordinairement, comme nous avons observé au commencement de ce chapitre, que le renonçant ne fait point de part dans les reserves coutumieres, parce qu'elles sont actuellement & de plein droit dans la succession *ab intestat*, à la difference de la legitime de droit ; c'est qu'on suppose que le défunt ne luy a pas donné sa part de ces reserves. Ainsi la donation à un fils estant entre-vifs & faite à Paris, il n'y a pas de doute que le donataire ne fera point part dans les quatre quints des propres, que le même donateur a dû conserver, & qu'il a entâmez neanmoins par son testament, parce que le fils n'a rien de ces quatre quints, qui ne se preunent à Paris que contre la succession *ab intestat*. Mais quand le fils, ou un autre heritier est legataire de sa part des quatre quints, il est juste qu'il fasse part dans ces quatre quints : puisque le testateur luy en a donné sa part dans son testament: ainsi, en ce dernier cas, le fils legataire de sa part des quatre quints peut estre comparé au fils donataire qui fournit la legitime de droit à ses freres, en ce qu'ils ont chacun leur part de ce qui compose la legitime coutumiere & la legitime de droit, avec cette seule difference que le retranchement de la legitime coutumiere, est plus de plein droit que celuy de la legitime de droit : & il y a la même équité que l'un & l'autre fasse part : car le fils donataire entre-vifs fait part dans la legitime de droit, parce qu'il auroit part luy-même comme heritier *ab intestat*, dans les biens qui composent sa donation, ce qui se peut dire du fils, ou tout autre heritier legataire de sa part dans les quatre quints des propres.

Enfin, l'Arrest du 30. Juin 1646. qui vient d'estre cité, sert de préjugé pour cette question. Car en jugeant que le patrimoine que la Coutume requiert estre en la possession du donateur, qui prétend disposer de ses meubles & acquests, s'entend non seulement de ceux qu'il laisse dans sa succession *ab intestat*, mais encore de ceux qu'il a donnez à se sheritiers, il semble préjuger que les quatre quints, que la Coutume de Paris veut qu'un testateur laisse dans ses propres à ses heritiers, s'entendent aussi des quatre quints qu'il leur laisse dans sa succession, ou qu'il leur legue par son testament, ou à quelques-uns d'entr'eux, suffisant que les autres ayent leurs parts afferantes dans ces quatre quints.

Nonobstant tout, cela il s'en faut tenir à l'usage qui est certain, & qui est fondé sur deux raisons, une d'équité, & l'autre de droit. La premiere, consiste en ce que la Coutume prévoyant que ceux principalement qui n'ont point d'enfans se porteroient à favoriser quelques-uns de leurs heritiers au préjudice des autres, a voulu fixer une certaine quotité dans les propres, dont il ne seroit pas permis de disposer par testament, & qui estant assurée aux autres heritiers, les égaleroit en quelque façon à ceux que le testateur auroit voulu favoriser : or dans l'opinion qui vient d'estre proposée, l'on rompt ce projet de la Coutume, puisque l'on permet à un testateur de léguer à un de ses heritiers outre ses meubles & acquests, & le quint de ses propres, la part qu'il auroit dans les quatre autres quints : ce qui produiroit ordinairement une inégalité trop considerable. La seconde est, que la Coutume a voulu que cette reserve des quatre quints fût dans la succession *ab intestat*, ainsi un renonçant n'y peut jamais prendre part, en vertu d'une disposition testamentaire. Et le legataire est bien different du fils donataire, lequel lorsqu'on fixe la legitime de ses freres, prend part en vertu d'une donation, qui subsiste, dans des biens, dans lesquels il seroit sans la donation, heritier *ab intestat* ; au lieu que pour faire prendre part à ce legataire, il faut commencer par présupposer que son titre subsiste ; & c'est ce qui est en question. Aussi l'on ne peut pas dire, que celuy qui a disposé au profit de l'un de ses heritiers présomptifs du quint de ses propres, & de la part que cet heritier auroit eu dans les quatre autres quints, ait suivi la disposition de la Loy, puisqu'au contraire il y a contrevenu, disposant par testamenr de ce que la Coutume a reservé pour la succession *ab intestat*, & par consequent c'est à juste titre que sa disposition reçoit atteinte.

☞ Si le défunt a institué pour heritiers par son testament, deux neveux & des arriere-neveux d'autres branches, & qu'il ait laissé des propres, à la verité l'institution ou le legs universel des arriere-neveux pourra estre reduit aux meubles & acquests, & au quint des propres, ou autre reserve coutumiere ; mais les neveux ne pourront pas prétendre pouvoir prendre les quatre quints, & outre cela venir encore faire part, & prendre part dans les meubles & acquests, & dans le quint des propres. Car quoiqu'il soit vray que le legs universel, ou l'institution universelle faite entre les heritiers *ab intestat*, peut comprendre la totalité des propres, aussi-bien que des meubles & acquests ; neanmoins un neveu ne s'en peut pas prévaloir contre un arriere-neveu ou un étranger institué avec luy, pour prendre tous les propres, & faire encore part dans les biens libres. Et cet arriere-neveu a raison de luy dire, Soyez heritier *ab intestat*, ou testamentaire : si *ab intestat*, laissez-moy tout ce dont le défunt a pû disposer par testament ; si testamentaire, partagez également avec moy : puisque nous sommes appellez également. La qualité d'heritier présomptif en la personne d'un heritier testamentaire, estant bonne pour faire passer le testateur par dessus les reserves coutumieres, quand il ne dispose qu'entre ses heritiers présomptifs ; mais ne donnant pas lieu aux heritiers présomptifs ainsi instituez, de prendre les

quatre quints, & outre cela de venir encore partager avec un autre heritier institué, le quint estant & les meubles & acquests : car ces heritiers ne peuvent pas contrevenir au testament lorsqu'ils en tirent du profit, & doivent au contraire ou en qualité d'heritiers testamentaires, partager également avec l'étranger que le défunt a appellé également avec eux ; ou en qualité d'heritiers *ab intestat*, abandonner à cet étranger tout ce dont le défunt pouvoit disposer.]

48. De quoy peut disposer en la Coutume de Sens, celuy qui n'a que des meubles & acquests.

Il se presente une question à peu prés semblable en interpretation de l'article 67. de la Coutume de Sens, qui porte, que *l'on peut disposer par testament de tous ses biens meubles, acquests & conquests immeubles, & de la cinquiéme partie de ses propres : & que cependant si le testateur n'avoit que des meubles, il n'en pourroit disposer que de la quatriéme partie* : Sur quoy l'on demande de quoy pourra disposer un testateur, qui n'aura point de propres, mais qui aura des meubles & acquests : car il semble d'abord, que comme celuy qui a des acquests n'est pas reduit à n'avoir que des meubles, aussi il n'est pas dans le cas de l'article, qui dit, que celuy qui n'a que des meubles, n'en peut leguer que le quart ; d'un autre côté si sous prétexte qu'un testateur a des acquests, dont il peut disposer, on luy permet aussi de donner le total de ses meubles, il s'ensuivra qu'il pourra disposer de tout, & que contre l'esprit de cette Coutume, il ne restera rien aux heritiers, ce qui a formé trois opinions en interpretation de cet article.

49. Trois opinions diverses en l'explication de cette Coutume.

La premiere de ceux qui croyent qu'en ce cas le testateur peut disposer de tous ses acquests, & du quart de ses meubles seulement : parce qu'à l'égard des acquests, le commencement de l'article luy permet d'en disposer pour le tout : & à l'égard des meubles, il n'est pas juste que la consideration des acquests qu'il ne conserve pas à ses heritiers, & dont il dispose au profit d'étrangers, luy donne la faculté de leguer tous ses meubles : estant vray de dire au contraire que c'est la même chose, au respect de ses heritiers présomptifs, qu'il n'ait que des meubles, ou qu'il ait des acquests dont il dispose. Ainsi la faculté qu'il a de disposer de ses meubles se reduit, en ce cas, au quart de ces mêmes meubles.

La seconde opinion est de ceux qui estiment qu'en cette espece le testateur pourra disposer de tous ses meubles ; mais qu'il devra conserver à ses heritiers présomptifs les trois quarts de ses acquests : parce que, disent-ils, il est juste que ces acquests qui luy donnent lieu de disposer de ses meubles, soient conservez à ses heritiers pour la même quotité qu'il auroit esté obligé de leur conserver de ses meubles.

Enfin, la troisiéme & derniere opinion est de ceux qui disent, qu'en cet état le testateur ne pourra disposer que du quart de ses acquests & de ses meubles, parce que le mot d'*acquest* est sous-entendu dans la fin de l'article, lorsqu'il y est fait

50. Qu'en cette Coutume les acquests sont compris sous le mot de *meubles*.

Voyez les Additions.

mention des meubles : & l'article veut dire que regulierement on peut disposer de tous ses meubles & acquests & du quint de ses propres ; mais que qui n'a que meubles & acquests n'en peut disposer que du quart. Ainsi ils expliquent la fin de l'article, où il n'est parlé que des meubles par le commencement, où il est parlé des meubles & acquests : & quoique ce soit ajoûter à la lettre ; neanmoins l'on observe ainsi cet article sur les lieux, & c'est l'avis de Maistre Julien Brodeau sur la lettre P. de Monsieur Loüet, nombre 46.

On demande encore si celuy qui demeure en l'une de ces Coutumes que l'on appelle *de subrogation* : par exemple, dans la Coutume d'Anjou, n'ayant point de propres dans la Coutume, mais en ayant en d'autres, l'on aura égard à ces propres pour luy permettre de disposer de tous ses meubles ? 51. Si dans tous ces cas l'on compte les biens situez en d'autres Coutumes.

Raisons pour la negative.

Ce qui semble persuader que l'on n'y doit avoir aucun égard, c'est que les Coutumes sont réelles, & que leurs dispositions sont restraintes à ce qui est situé dans le ressort, audelà duquel elles n'ont ni pouvoir ni jurisdiction. C'est pourquoy il sera dit conformément à l'Arrest des Bureaux du 21. Juillet 1565. que celuy qui ne peut estre heritier dans une Coutume, y peut estre legataire, quoiqu'il soit heritier dans une autre Coutume : & sur le même fondement une fille excluse dans une Coutume, par le moyen de son mariage, ou de sa donation, peut estre heritiere dans une autre Coutume, sans estre même obligée au rapport des immeubles qui luy ont esté donnez dans cette Coutume qui l'exclut, au moins à proportion de ce que ces biens luy tiennent lieu de recompense de son exclusion. C'est ainsi que le retranchement que les Coutumes ordonnent sur les dispositions entre-vifs ou testamentaires, à l'égard des propres, ou des acquests, est reputé réel, & qu'un testateur ayant disposé audelà du quint de ses propres situez dans la Coutume de Paris, sa disposition ne laissera pas de souffrir le retranchement, quoiqu'il ait laissé des propres situez en d'autres Coutumes, dont il n'ait point disposé : le testateur devant laisser à ses heritiers dans chaque Coutume ce qu'elle luy ordonne. Et ç'a esté sur ce fondement que Monsieur d'Argentré sur l'art. 218. glose 6. a conclu dans nôtre question pour la negative, contre l'avis d'Imbert en son Enchiridion, *verb. bonorum differentia*.

Raisons pour l'affirmative.

L'on a soutenu au contraire que les propres situez en d'autres Coutumes, feront que le testateur domicilié en Anjou, pourra disposer de tous ses meubles, parce que la disposition regarde la personne, estant ordinairement conçûë en ces termes, *pourvû qu'il ait des propres* : ou en ceux-cy, *pourvû que le donnant ait patrimoine*. Ce qui est l'expression de l'article 49. de la Coutume d'Angoumois : Ainsi les Coutumes desirent absolument qu'il ne se trouve point de propres en une succession, & il n'y a que ce défaut de propres, qui ôte la faculté de disposer des autres biens : Or l'on ne peut pas dire, que celuy qui demeure en Anjou, & a des propres à Paris, n'ait point de propres, ni qu'il n'ait point de patrimoine : par consequent il pourra disposer en Anjou du total de ses meubles. Aussi l'on ne peut pas disconvenir que cette condition des Coutumes, *pourvû que le donnant ait patrimoine*, ne soit personnelle : puisque, par exemple, il n'est pas necessaire, qu'il y ait du patrimoine de chaque ligne ; mais qu'il suffit qu'il y en ait dans la succession, c'est le sentiment de Vigier, sur l'article 49. de la Coutume d'Angoulême, nomb. 15. & un ascendant ne se pourra pas plaindre que le défunt ait disposé des meubles à son préjudice, pourvû qu'il y ait des propres dans la succession. 52. Raisons pour l'affirmative.

Enfin, la Coutume de Tours décide la ques- 53. Déci-

Sion de la Coutume de Tours sur cette question.

tion dont il s'agit, conformément à cet avis, lorsqu'elle dit en l'article 258. *où il n'y a point de patrimoine audit païs de Touraine, ou ailleurs.* Ce qui s'observe aussi dans la Coutume de Poitou, suivant une ancienne turbe du dernier Septembre 1534. dont il est fait mention à la fin de l'ancienne Coutume de Poitou, & dans Lelet sur l'article 203. de cette Coutume : Et ce qui a esté ainsi jugé par un Arrest rapporté par Imbert au lieu qui vient d'estre cité, & par celuy du 17. Juin 1600. rapporté par Monsieur Loüet en la lettre P. nomb. 48.

Resolutions pour la negative.

Resolutions pour la negative.

Pour dire sommairement mon avis sur cette question qui a rapport à beaucoup d'autres, & dépend de la question generale de sçavoir, quelles dispositions de Coutumes sont reputées pures personnelles, ou réelles, ou mixtes, qui est une des plus difficiles de nostre Droit, j'estime que quand une Coutume dit simplement que l'on peut disposer de tous ses meubles, ***pourvû que l'on ait des immeubles ou des propres***, sa disposition est censée réelle, & s'entend des immeubles situez dans son ressort, & non de ceux qui se trouvent situez sous d'autres Coutumes. Ma raison est, que le Legislateur, ni la Loy, ne sont pas présumez avoir voulu porter leurs dispositions andelà de leur ressort & de leur pouvoir, ni considerer des biens qui ne sont pas soumis à leur Jurisdiction : aussi c'est une maxime generale qui est même établie par l'article 57. de la Coutume de Laon, qu'en fait de successions & de dispositions, l'on suit uniquement la Coutume de la situation des heritages. Et selon les principes de Monsieur d'Argentré sur l'ancienne Coutume de Bretagne, article 218. glose 6. Afin qu'une disposition de Coutume soit reputée pure personnelle, il est necessaire qu'elle concerne & qu'elle regle l'état entier de la personne, sans aucun respect aux biens : ainsi un article qui declare un homme majeur à un certain âge, est une disposition pure personnelle, laquelle s'observe en quelque lieu qu'il se puisse transporter pour contracter, de même une disposition qui declare un homme infame, un fils de famille sous la puissance de son pere, une femme sous celle de son mari : parce que chacun de ces articles concerne & regle l'état entier de la personne, sans considerer en aucune façon les biens : Or l'on ne peut pas dire qu'un article de Coutume, qui porte que l'on peut disposer de tous ses meubles, ***pourvû que l'on ait des propres***, soit de cette nature ; car il concerne les biens, & par consequent est réel, & ne doit point s'observer hors de son ressort. Les biens situez hors le ressort d'une Coutume, n'entrent point en consideration dans cette Coutume : les Coutumes sont naturellement réelles, excepté dans les dispositions qui ne regardent purement que les personnes ou leurs meubles. Que si l'on fait une serieuse reflexion sur les exemples qui viennent d'estre citez, on trouvera qu'ils sont bien differens de l'espece, & qu'un Statut qui declare un homme majeur ou infame, est bien plus personnel qu'un qui permet de disposer des meubles, si on a des propres.

Et certes l'on est fort obligé à Monsieur d'Argentré de ce qu'il a donné une telle définition, qui sert à regler toutes ses questions, & qui a une juste application aux exemples de dispositions coutumieres, que tout le monde convient estre pures personnelles, sans pouvoir estre appliquées à aucun de ceux où les dispositions peuvent passer pour réelles ou mixtes. Aprés une définition si sûre, il n'y aura plus sujet de demander si la Coutume qui exclut les filles dotées de la succession de leurs parens, est réelle, ou personnelle, & si elle se doit observer pour les biens situez en d'autres Coutumes : Si une communauté legale contractée à Paris, a lieu pour les conquests faits en païs de Droit écrit, même pour ceux qui seront faits en Normandie, si un homme domicilié en Normandie peut contracter à Paris à l'âge de vingt ans, ni quantité d'autres questions qui ont agité le Palais dans les derniers siecles. Car qui pourra douter qu'une Coutume d'exclusion ne soit réelle ou mixte, puisqu'elle ne regle pas l'état entier de la personne pour tous les actes civils, mais seulement par rapport aux successions & aux biens de son ressort ? Il faut donc dire conformément aux Arrests, que la fille exclusе en Bourbonnois, ou en Auvergne par sa donation, sera capable de succeder aux biens de Paris. Mais il faudra resoudre, que ceux qui se marient à Paris sans faire de contrat de mariage, se rapportant à la Coutume qui établit une communauté, seront communs non seulement en tous meubles, quelque part où ils se trouvent, & pour leurs conquests situez à Paris & en d'autres Coutumes qui établissent la communauté ; mais encore pour les conquests qu'ils feront en païs de Droit écrit, ou en Normandie, nonobstant que la Coutume prohibe les dérogations, & nonobstant l'Arrest de Fervaques du 17. Juin 1617. rapporté par Brodeau, lett. C. nomb. 16. auquel on a dérogé par un droit nouveau. Et quoique le même Auteur resoude le contraire sur l'article 218. gl. 6. nomb. 15. & suivans, neanmoins il faut s'arrester à nostre décision par ses principes mêmes, puisque l'article qui établit une communauté entre personnes mariées & domiciliées sous la Coutume, regle leur état entier, sans considerer ce qui sera la matiere de cette communauté, & que d'ailleurs il seroit d'une dangereuse consequence de permettre aux maris de s'approprier leurs conquests, en les faisant en païs de Droit écrit. Ce qui doit avoir lieu, à plus forte raison, quand on s'est marié aux Us & Coutumes de Paris, comme dans l'espece du procés pour la succession de Monsieur le Chancelier de Gannay, qui fit le sujet du conseil 53. de Maistre Charles du Molin. Aussi les Arrests ont ainsi décidé la question dans l'un & l'autre cas, & sont rapportez par Bacquet en son Traité des Droits de Justice, chap. 21. nomb. 67. & par Chopin, sur la Coutume de Paris, livre 2. titre 1. nombre 4. Enfin, aprés une définition aussi juste que celle de Monsieur d'Argentré, il y aura encore moins de sujet de douter de la derniere question, si un homme domicilié sous la Coutume de Normandie, ne pourra pas contracter à Paris à l'âge de vingt ans : puisque le Statut Provincial qui le declare majeur à cet âge, affecte son état entier, & luy donne un caractere de majorité, qu'il porte en tous lieux. Pour revenir à nostre question principale, elle dépend des mêmes principes, & l'on ne peut pas douter qu'un article qui dit, que qui n'a point de propres, ne peut disposer de tous ses meubles, ou que pour disposer de tous ses meubles, il faut avoir des immeubles ou des propres, ne soit un article réel. Que si en quelques endroits il n'est pas necessaire d'avoir des propres de chaque ligne, pour y pouvoir disposer de ses meubles & acquests, il ne s'ensuit pas qu'en general la disposition de la Coutume, qui permet de donner ses meubles & acquests, pourvû que le donnant ait patrimoine, soit reputée

personnelle, puisqu'il y a d'autres Coutumes où il faut que le donnant ait du patrimoine de chaque ligne, par exemple, celle de Poitou, article 217.

Il faut estre averti neanmoins, que dans l'usage on a consideré cette disposition de Coutume comme personnelle, & que la plûpart des Commentateurs sont d'avis qu'il suffit d'avoir des propres en quelque Coutume que ce soit, comme il est certain qu'il suffit d'avoir des propres d'une branche pour avoir la même faculté de disposer de tous ses meubles & acquests; mais les raisons que je viens d'alleguer me persuadent du contraire. ☞ Si ce n'est que la Coutume demande expressément qu'on ait des propres dans son ressort, *ou ailleurs*, comme fait la Coutume de Tours, art. 238. que quelques-uns ont prétendu devoir servir d'interpretation aux autres Coutumes qui ne se sont pas expliquées si précisément : c'est l'avis de l'Auteur du Traité des Propres, chap. 3. sect. 2. nomb. 5.]

De même, si la Coutume permet de disposer du tiers ou du quart de ses immeubles, l'on ne doit considerer, pour fixer une donation, que les biens situez dans cette Coutume; c'est pourquoy y ayant une donation universelle & des biens situez en plusieurs Provinces, l'on fera autant de reductions particulieres, qu'il y aura de Coutumes qui établiront ces sortes de reserves. Que s'il y a des donations entre-vifs & des testamentaires, il arrivera souvent que les testamentaires seront reduites pour les biens d'une Province, les donations entre-vifs conservant leur effet entier sur les biens situez en cette Province, & que les mêmes donations, qui s'executeront pour le tout en cette Province, seront reduites ailleurs, souvent la reduction se faisant où il y a moins de biens, & la disposition subsistant pour le tout où il y en a plus.

54. Si dans ces Coutumes pour pouvoir disposer de ses meubles, il faut avoir des propres des deux lignes, ou s'il suffit d'en avoir d'une seule. Qu'il suffit d'en avoir d'une seule. A l'égard de la question de sçavoir, si pour pouvoir disposer entierement de ses meubles dans ces Coutumes, il est necessaire de laisser des propres à l'une & à l'autre ligne; ou s'il suffit d'en laisser de l'une des deux lignes, c'est une difficulté plus importante, & dans laquelle je vois beaucoup de raisons de part & d'autre : car d'un cô-

Qu'il suffit d'en avoir d'une ligne.

té l'on peut dire que celuy qui a des propres, de quelque côté qu'ils soient ne préjudicie point, generalement parlant, à ses heritiers : puisqu'il leur laisse des propres, & qu'il ne dispose des meubles, qu'en laissant à ses heritiers les propres qu'il peut avoir.

55. Argument tiré de la décision precedente. En second lieu, il satisfait en cela à la Coutume, qui ne desire autre chose, sinon que le testateur laisse des propres, sans requerir qu'il s'en trouve de l'une & de l'autre ligne dans la succession : *Oratio indefinita æquivalet universali, id est significat omne & totum, L. si necessarias §. 5. ff. de pignorat. act.*

En troisiéme lieu, comme plusieurs ont suivi la raison précedente dans la question qui vient d'estre proposée cy-dessus, & ont conclu qu'il suffisoit d'avoir des propres, en quelques Coutumes qu'ils fussent situez, à l'effet de pouvoir disposer en Anjou de ses meubles & acquests : parce que la Coutume disoit seulement en l'art. 340. que *celuy qui n'a qu'acquests & conquests, &c.* Aussi il semble juste de suivre ce même raisonnement en l'espece qui se presente, & conclure que celuy qui a des propres d'une ligne, n'estant pas sans propres, & n'estant pas reduit à des acquests & conquests, il a le droit de disposer du total de ses meubles.

Qu'il faut en avoir des deux lignes.

Neanmoins il faut dire qu'afin que le testateur puisse disposer de tous ses meubles dans ces Coutumes, il faut que chacune des deux lignes de ses heritiers, supposé qu'il en ait des deux lignes, trouve des propres dans sa succession : parce que cet établissement est en faveur des heritiers des propres, à qui la Coutume donne une espece de legitime : ce qu'elle feroit inutilement & imparfaitement, si ces termes ne s'entendoient icy *distributivè*, en sorte que les heritiers de chaque ligne trouvent quelques propres. C'est ainsi que la Loy qui accorde la falcidie à l'heritier s'entend distributivement, chacun des heritiers instituez ayant ce droit, ce qui est expliqué au §. 2. des Instituts *de lege falcid.* en des termes qui ont une assez juste application à la question dont il s'agit, où l'Empereur proposant deux heritiers instituez, chacun pour moitié, dont l'un ait esté chargé de legs qui épuisent sa moitié; & l'autre n'en ait esté chargé d'aucuns, ou ne l'ait esté que de legs modiques, il dit : *An quia is quartam totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem sui partis habeat. Placuit posse retinere : etenim in singulis heredibus ratio legis falcidiæ ponenda est.* Enfin il est vray de dire, que les propres de chaque ligne constituent un patrimoine separé : ainsi le testateur pour pouvoir donner le total de ses meubles doit avoir des propres des deux lignes : autrement l'heritier de la ligne, qui n'aura point de propres, aura ce droit de falcidie, que la Coutume luy donne sur les meubles dont le testateur a disposé.

Qu'il faut en avoir des deux lignes.

56. Que dans l'opinion précedente les reserves seroient établies inutilement.

57. Preuve tirée de la falcidie.

Les objections qui viennent d'estre faites se refutent toutes par l'esprit de ces Coutumes, qui avant que d'exiger que l'on ait des propres, pour disposer des meubles ou acquests, établissent la distinction des lignes, & fondent les reserves en faveur de chaque ligne : ainsi elles veulent que chaque ligne ait effectivement des propres, qui luy demeurent, & dont le testateur ne puisse pas disposer, & que si chaque ligne n'a des propres, elle aura des meubles en la place. 58. Réponse aux objections.

L'on peut encore demander à ce sujet, si dans ce retranchement la ligne qui a des propres, ne fera point part au profit du legitimaire pour diminuer celle de la ligne qui n'a point de propres, & faire qu'elle n'ait qu'un quart des meubles dans la Coutume d'Anjou : de même qu'en matiere de legitime, les enfans qui ne prennent point de part, ne laissent pas quelquefois de faire part : d'autant plus que cette ligne qui a des propres, est recompensée par ces propres : ainsi c'est comme un enfant qui renonce *aliquo dato*, & qui en consequence fait part dans la legitime des autres enfans. 59. Si la ligne qui a des propres ne diminuë point la recompense de la ligne qui n'en a point.

Cependant il faut dire dans cette espece, que la ligne qui n'a point de propres, aura la moitié des meubles, ou autre plus grande portion, que la Coutume reserve aux heritiers, qui n'ont point de propres, tant à cause de la disposition indéfinie de la Coutume; que parce que cette legitime ne se regle pas comme la legitime de droit, dont on compose la masse de ce qui a esté donné aux renonçans, aussi-bien que des autres liberalitez du défunt & des biens extans : Ce qui seroit une injustice formelle contre celuy qui fourniroit la legitime, si ces donations augmentant 60. Resolution pour la negative.

la masse des biens, les donataires ne faisoient part dans la legitime à laquelle ils sont appellez de droit, mais cela ne s'observe pas dans la legitime coutumiere dont il s'agit : d'ailleurs, les heritiers d'une ligne estant absolument étrangers à l'égard des heritiers de l'autre ligne, ne peuvent non-plus faire part dans leurs reserves, que des étrangers qui sont donataires, dans la legitime de droit qui appartient aux enfans. Aussi la Coutume de Poitou, laquelle en l'art. 217. a prévû cette espece de deux lignes, dont l'une a des propres, & l'autre n'en a point, a decidé que la moitié des meubles, qu'elle destine au lieu de propres, sera subrogée toute entiere au profit de la ligne qui n'a point de propres, & comme la plûpart des Coutumes de subrogation sont voisines & sympathisent extrémement, il est juste que cette décision ait lieu dans toutes ces Coutumes.

61. Décision de la Coutume de Poitou sur cette question.

☞ Quoique les reserves coutumieres soient dûës en especes, on oblige quelquefois l'heritier d'en recevoir sa recompense en argent, au cas, par exemple, que le testateur l'ayant ainsi ordonné, il se verifie qu'un Juge équitable en faisant le partage, n'auroit pas pû faire autrement : Il y en a un Arrest dans les questions illustres de Peleus, question 142.

Du Droit de Cumul.

Du Droit de Cumul.

Il y a dans quelques endroits, comme saint Jean d'Angely, un droit de cumul, qui a lieu lorsque les meubles & acquests sont considerables, & que les propres sont en petite quantité : car en ce cas l'heritier demande le cumul ; c'est-à dire qu'on accumule les meubles & acquests avec les propres, & qu'on donne les deux tiers du tout aux heritiers du sang.

Ce droit a ses bornes. 1. Il faut que les meubles & acquests excedent des trois quarts la valeur des propres, sans quoy le cumul n'a pas lieu, Jacob. Vin. sur la Coutume de saint Jean d'Angely, tit. 10. art. 5. Mechin sur le même tit. art. 2. 3. 4. 5. & 6.

2. Il semble que ce droit ne doit pas avoir lieu dans les Coutumes de subrogation, comme Anjou, puisqu'elles ont assez pourvû à l'interest des heritiers, en subrogeant les acquests aux propres.

3. Il y a quelques Arrests de Bordeaux qui ne reçoivent ce droit de cumul qu'en faveur des enfans, & Mechin rapporte luy-même que l'ayant jugé pour la ligne collaterale, en qualité de Lieutenant Particulier au Siege de saint Jean d'Angely, par Arrest du Parlement de Bordeaux on infirma sa Sentence.

4. Cet usage de cumul est réel dans lieux qui l'établissent, & on n'y doit point avoir égard aux propres situez en d'autres Coutumes.]

62. Si les donations entre vifs s'imputent sur les testamentaires.

L'on peut encore demander si l'on doit imputer sur ce que la Coutume permet de disposer par testament, ce qui a esté déja donné entre-vifs. Et il faut commencer par distinguer les Coutumes : car il y en a où il n'est permis de disposer que d'une certaine quantité de ses biens, soit entre-vifs, soit par testament, dans lesquelles la donation entre-vifs s'impute sur le testamentaire, & *vice versa* : mais il y en a d'autres, où il n'y a rien de commun entre ces deux sortes de donations, & dans celles-là ce qui a esté donné entre-vifs ne tire point de consequence pour ce qui se peut donner par testament, même au cas que le testament précede la donation entre-vifs, & que le testateur ayant épuisé par son testament tout ce qu'il pouvoit donner à cause de mort, dispose aprés cela entre-vifs du surplus de ses biens au profit de la même personne. Car quoiqu'en ce cas, il y ait quelque soupçon que le testateur a voulu éluder le retranchement de la Coutume ; neanmoins comme il n'a fait qu'user de son droit, l'on ne se peut pas dispenser d'executer sa disposition, parce qu'une fois il a donné entre-vifs, & s'est désaisi : à plus forte raison si les donations & les legs estoient faits à diverses personnes, ou si les donations avoient précedé le testament.

La même décision aura lieu, en cas que le testateur ayant trois freres ait donné à l'un tous ses propres par donation entre-vifs, & à l'autre tous ses meubles & acquests par testament : car le troisiéme, qui n'est appellé à la querelle que *turpi persona instituta*, ne se pourra pas plaindre justement de ces dispositions, qui sont conformes à la Coutume, qui par consequent sont innocentes dans l'effet, & le peuvent estre dans l'intention du donateur. Si dans tous ces cas l'on s'échappe hors des regles pour déferer à l'inquietude & à l'avidité de quelques collateraux, les dispositions les plus judicieuses ne sont pas hors d'atteinte.

Le retranchement des reserves coutumieres se fait à peu prés de la même maniere, que celuy qui se fait pour la legitime de droit. On fait une masse des biens sujets à reserve, & l'on examine de combien la reserve est blessée par les dispositions, & l'on retranche à proportion sur les dispositions testamentaires, qui estant toutes censées de même datte, souffrent le retranchement au sol la livre, & par contribution. Que si elles ne suffisent pas, l'on touche aux donations entre-vifs, supposé que la Coutume le permette : & l'on épuise les dernieres, en retrogradant ainsi jusques aux premieres, s'il est necessaire, tant que la reserve soit remplie. La contribution n'a point lieu entre ces donations, parce qu'elles ont leurs dattes differentes & leur effet present du moment qu'elles sont faites. Et comme on ne doit retrancher que ce qui blesse la reserve, il faut necessairement épuiser les dernieres, & retrograder. Tout cela a esté expliqué au chapitre 3. de la legitime, sect. 8. Mais on n'épuise point les meubles ni l'argent, si les Coutumes n'y étendent la reserve, ce qu'elles font quelquefois en ordonnant que celuy qui n'a point de propres ni d'acquests, ne peut disposer que d'une certaine quotité de ses meubles. Voyez l'art. 335. de la Coutume d'Anjou. A l'égard des legs de corps certains qui sont des propres de ligne, ils se retranchent de la maniere qu'il a esté dit au nomb. 29.

63. Comment se fait le retranchement des reserves coutumieres.

Le donataire ne prescrit point contre les reserves coutumieres du vivant du donateur, la Coutume d'Anjou en a une disposition formelle, art. 425. Mais elle n'établit cette imprescriptibilité qu'en faveur des fra echeurs, c'est à dire, des freres & sœurs, ou autres coheritiers, & ne parle pas des tiers détempteurs.

Au surplus, il se faut toujours souvenir de ce que nous avons dit, que toutes les fois qu'il s'agit de reserves coutumieres, & de sçavoir si un défunt les a excedées, ou non, il faut s'attacher à la seule Coutume de la situation des heritages ; & non à celle du domicile du défunt, ou de celuy du donataire. Il y en a une disposition précise dans l'article 57. de la Coutume de Laon, sans cela on se confond aisément dans l'operation de ces reserves, qui change dans chaque Coutume.

☞ Si quelqu'un n'a point d'heritiers d'une ligne, il peut disposer à son gré de tous les propres de cette ligne, parce que ce défaut d'heritiers réduit sa succession au même état qu'elle seroit, si tous les propres de la ligne défaillante

64. Si quelqu'un n'a point d'heritiers d'une ligne, il peut dispo-

Ter de tous les propres de cette ligne.

estoient des meubles & acquests : la raison est, que dans le Droit commun les successions appartiennenr au plus proche, & la distinction des propres, aussi-bien que la destination qu'on en fait aux heritiers de la ligne, n'est qu'une exception du Droit commun, qui ayant les parens de la ligne pour objet, & la faveur de la ligne pour unique cause, cesse aussi-tost que les parens de la ligne viennent à manquer : Aussi il faut convenir que cette qualité de propre est une qualité accidentelle & relative à la ligne ; qu'ainsi quand il n'y a plus de ligne il n'y a plus de propre : comme quand il n'y a point d'esclave, il n'y a point de Maistre, alors la succession rentre dans les termes du Droit commun, & appartient au plus proche, & pour montrer que la dévolution d'une ligne à l'autre, dont nos Coutumes parlent, ne conserve aux biens de la ligne défaillante aucune impression de propres, c'est que s'il y a un ascendant, ces biens luy appartiennent préferablement. Or l'ascendant n'est heritier naturellement que des meubles & acquests : Enfin une ligne n'a jamais aucun droit sur les propres d'une autre ligne en qualité de propres, mais seulement à titre de proximité, ces biens estant alors considerez comme des meubles & acquests. Le défunt a donc esté libre, en ce cas, de disposer de ces propres, comme de meubles & acquests : C'est ainsi qu'un homme qui n'a point d'heritiers, ou dont les heritiers doivent renoncer, peut donner à sa femme, parce que la prohibition de se donner entre conjoints, n'est qu'en faveur des heritiers : C'est ainsi qu'un homme n'ayant qu'un heritier présomptif au premier degré, peut le faire legataire, quoiqu'il doive estre aussi heritier, l'incompatibilité qui n'est établie qu'en faveur de l'égalité, cessant au cas qu'il n'y ait qu'un heritier : & generalement tout ce qui déroge à la liberté naturelle de donner, cesse avec la cause de la dérogation : Aussi Maistre Jean Marie Ricard ayant proposé nostre question en son Traité des Donations, liv. 3. chap. 10. sect. 1. n. 1423. vers la fin, a esté de l'opinion qui vient d'estre établie.

Il ne s'ensuit pas pour cela que dans les Coutumes soucheres de tronc commun, & de côté & ligne, celuy qui n'a point d'heritiers qualifiez, comme ces Coutumes le desirent, puisse disposer de ces propres, ce que nous avons expliqué liv. 2. ch. 1. sect. 3. n. 12. vers la fin.

65. Dans le legs conditionnel sur quel temps on juge de la reserve.

On peut demander à quel temps on doit avoir égard pour juger des reserves coutumieres, par rapport à un legs conditionnel, ce qui se peut presenter en deux especes.

La 1. où on suppose qu'un testateur legue son acquest en cas que son fils unique meure sans enfans, car on peut demander s'il faudra avoir égard au temps de sa mort, ou au temps de la mort de l'enfant sans enfans.

La raison de douter est, qu'il semble que le legs doit estre réduit à Paris au quint des propres, parce qu'étant legs conditionnel, il n'a point d'effet retroactif, à la difference des Donations entre-vifs, ce qui est fondé sur la Loy 5. *C. de condit. incert.* sur la Loy 58. *ff. de condition. & demonstrat.* & sur la Loy 48. §. *Si sub ff. de legat. 2.* & cette difference est marquée sur la Loy 78. *ff. de condition. & dem.* où Godefroy en explique les raisons. Or supposé que ce legs n'ait point d'effet retroactif, & qu'il n'ait lieu que lors du decés du fils sans enfans, il semble devoir estre réduit au quint de l'acquest devenu propre naissant en la personne de l'enfant.

Il faut dire que le legs doit avoir lieu comme d'un acquest, parce que pour sçavoir si le testateur a pû disposer d'un bien, on a égard au temps de sa mort, & la chose leguée n'a appartenu au fils qu'avec la charge du legs. Cette proposition, qu'on a égard au temps du decés du testateur, va estre établie dans la seconde espece.

La 2. est au cas de l'art. 321. de la Coutume d'Anjou, & des autres Coutumes, qui ne permettent de disposer que d'un tiers des acquests & des propres en usufruit, lorsqu'il y a des enfans : car s'il s'agit de sçavoir si le testateur a pû disposer de la proprieté du tiers d'un propre ou d'un acquest, sous la condition que son fils meure sans enfans, il faut considerer uniquement le temps de la mort du testateur. Car, comme il s'agit de l'execution d'une reserve coutumiere, il ne faut point considerer l'intention du testateur, mais l'esprit de la Coutume, la reserve s'executant toujours contre l'intention du testateur. Or l'esprit de la Coutume est que dés que le testateur meurt avec des enfans, il ne luy est permis de disposer que du tiers, & les mots *liberis extantibus*, s'entendent toûjours par rapport au temps du decés du testateur, cela se juge ainsi dans le don mutuel, dans le cas de l'Edit des secondes nôces dans la condition §. *sine liberis*, où il suffit qu'il y ait un fils au temps du decés de l'institué, sur tout en fait de reserves coutumieres, selon Maistre Jean Marie Ricard, des Donations, part 3. chap. 10. sect 1. n. 1471.

La premiere raison est, qu'aprés le decés du testateur, les enfans meurent à leur famille, & non au testateur.

La seconde, qu'autrement on violeroit aisément ces reserves, en disant : *En quelque temps que mes enfans meurent, je legue mes propres à un tel*, ou *en quelque temps que ma famille vienne à manquer, je legue mon bien à ma femme.*

La troisiéme, que la reserve coutumiere, qui est une legitime, ne souffre point de condition par argument de la Loy *Quoniam in prioribus C. de inoffic. testam.* aussi elle est même plus absoluë que la Loy de la legitime de droit. 1. Elle annulle estant ordinairement imposée en ces termes, *ne peut.* 2. Elle est dûë aux heritiers, sans recompense aux legataires. 3. Le legataire n'y fait point part, quoiqu'il se trouve heritier présomptif.]





CHAPITRE V.

Du Doüaire.

SECTION I.

Des interests des heritiers du mari, en ce qui regarde le Doüaire de sa veuve.

Les heritiers du mari ont interest, 1. En ce qui concerne la délivrance du doüaire à la veuve doüairiere. 2. En ce qui touche la possession du doüaire. 3. En ce qui regarde le retour du doüaire.

DISTINCTION I.

Contenant les questions qui concernent la délivrance du Doüaire

SOMMAIRE.

1. *Si la clause que la femme n'aura aucun doüaire est valable.*
2. *Que le doüaire préfix peut estre moindre que le coutumier.*
De la caution du doüaire.
3. *Si lorsqu'il n'y a point de doüaire faute de matiere, l'on doit donner quelque autre secours à la veuve.*
Resolution pour la negative.
4. *Temperamment pour les enfans.*
5. *S'il est dû doüaire, quand le mariage n'est pas consommé*
6. *Des causes pour lesquelles les heritiers du mari peuvent refuser le doüaire, & premierement de l'adultere.*
7. *De la veuve qui delinque dans l'an du deüil.*
8. *De la femme separée au temps du decès de son mari.*
9. *De la veuve qui ne venge pas la mort de son mari.*
10. *Si la veuve donataire mutuelle confond son doüaire préfix.*
11. Quid *s'il n'y a point des propres, mais seulement des meubles & conquests.*
12. *En quoy consiste le doüaire.*
13. *Doüaire préfix exclut l'option du coutumier, s'il n'y a clause au contraire.*
14. *L'option passe aux heritiers qui peuvent choisir le doüaire sans retour.*
15. *Dans quel temps la veuve doit opter.*
16. *De la restitution contre l'option.*
17. *Quel est le doüaire d'une seconde femme.*
18. *Ce qui est censé immeuble en fait de doüaire.*
19. *Si les rentes constituées.*
20. Quid *des Offices.*
21. Quid *des deniers réalisez.*
22. Quid *d'un ameublissement.*
23. Quid *des immeubles donnez au mari par son contrat de mariage.*
24. Quid *des donations faites au mari par son contrat de mariage posterieur à la celebration.*
25. *Si le mari ayant vendu quelques-uns de ses immeubles entre le contrat & la celebration du mariage, ses heritiers en doivent recompense à la veuve.*
26. Quid *si la veuve renonce à la communauté.*
27. Quid *à l'égard du tiers détempteur.*
28. Quid *si le tiers détempteur à commencé à prescrire avant le mariage.*
29. *Que l'on juge des prescriptions par leur commencement.*
30. *Impossibilité de prévoir un mariage qui ne se doit celebrer que long-temps aprés.*
31. *Que le contrat de mariage dépend d'une condition resolutoire & potestative.*
32. *Recapitulation de la question.*
33. *Si le doüaire préfix ou coutumier se purge par un decret.*
34. *Par qui le doüaire préfix est dû.*
35. Quid *si le pere l'a promis.*
36. *Qu'il doit estre payé d'avance.*
37. *Joüissance de terre donnée à la veuve pour son doüaire préfix.*

1. Si la clause que la femme n'aura aucun doüaire est valable.

L'On peut demander si la stipulation que la femme n'aura aucun doüaire est valable : car il semble que cette convention est nulle, comme estant contraire à l'honnêteté publique, qui veut qu'on honore de cette recompense & la pudeur du sexe, & la chasteté conjugale, d'autant plus que les femmes ne tiennent pas ce present de la liberalité de leurs maris, mais de celle de la Loy: Que si l'on ne peut pas exclure dans une vente toute garantie de droit, si l'on ne peut pas au contraire y garantir le retrait lignager, si un testateur ne peut pas dispenser celuy qu'il constituë simple usufruitier de ses biens, de donner caution, ou défendre le benefice d'inventaire à son heritier présomptif, toutes ces choses estant contre le droit public, ou contre la nature des contrats. A plus forte raison ne peut-on pas stipuler la clause dont il s'agit, qui blesse non-seulement le Droit public, mais l'honnêteté publique, & qui contredit la Loy dans la dispensation de ses graces : Quoiqu'il soit constant que la Loy ne mette jamais la main au bien des particuliers, pour en faire liberalité, sans des raisons tres-importantes, & absolument necessaires: comme dans le Droit, celuy qui avoit adopté un homme impubere, mais lequel n'étoit pas sous la puissance d'autruy, ne pouvoit pas luy oster sa quarte dans sa succession, qui ne luy venoit pas, dit la Loy, de la liberalité du pere adoptif, mais de la munificence du Prince: c'est à dire, de l'Ordonnance de l'Empereur Antonin. *Quia ex judicio ejus hoc non ad eum pervenit, sed principali providentia.*

J'estime nonobstant cela, que la femme peut renoncer au doüaire par son contrat de mariage, parce qu'à proprement parler, cette clause ne blesse point les bonnes mœurs. Et quoique le doüaire soit legal, il ne l'est pas plus que la communauté, que l'on peut neanmoins exclure dans le contrat. Un mariage peut subsister sans l'une & sans l'autre de ces conventions, il ne s'agit en tout cela que d'un interest privé, & le public n'y a aucune part. Ainsi la disposition de l'homme peut faire cesser à cet égard la disposition de la Loy : d'autant plus que cela se stipule en un temps où il n'y a point de droit acquis, & où la femme a eu la liberté de contracter ou de ne pas contracter à cette condition, sçachant que le mari ne contracteroit pas autrement : & c'est l'opinion de Coquille. qu. 150.

2. Que le doüaire préfix peut estre moindre que le coutumier.

A plus forte raison le doüaire peut estre diminué par une clause du contrat de mariage, tant pour la femme, que pour les enfans. La disposition de l'homme faisant cesser, en ce cas, la disposition generale de la Loy, de son consentement même, en ce que les Coutumes autorisent précisément le doüaire préfix.

Le doüaire peut aussi manquer, parce que le cas n'en arrive pas, & que la femme prédecede sans enfans.

De la caution du doüaire.

La Coutume de Paris, art. 264. n'oblige la veuve qu'à une simple caution juratoire, tant pour le doüaire préfix, que pour le coutumier, pourvû qu'elle ne convole pas en secondes nôces : auquel cas, elle l'oblige de donner bonne & suffisante caution, si ce n'est que le doüaire consiste en une rente que les heritiers du mari luy payent, ou qu'il soit en retour, & le doüaire coutumier n'étant point sujet d'ailleurs au second chef de l'Edit des secondes nôces, lequel même ne desire pas de caution.

Que si une Coutume en établissant le doüaire de la veuve ne l'oblige point précisément d'en donner caution, il ne faut point suppléer à ce défaut, ni charger la veuve d'une obligation que la Coutume ne luy impose pas, sa personne estant favorable, & son état meritant de la protection. [☞ Ce seroit multiplier les cautionnemens, & par consequent les procés, & il se trouveroit dans la suite que la moitié d'une ville seroit caution de l'autre moitié, c'est la raison pour laquelle Maistre Charles du Molin en son Traité des Usures n. 254. loüe beaucoup la disposition du Droit, qui reprouvoit les cautions des dots, & la Loy 2. *C. ne fidejussores vel mandat. dotium dentur.* Outre que les heritiers du mari doivent honorer en la personne de la veuve le souvenir d'un mariage bien concordant, jusqu'à ce qu'elle l'efface par de seconds vœux.] Il y a un Arrest dans Chopin, des Privil. des Rust. liv. 3. chap. 5. & c'est le sentiment de la Taumasiere, en ses décis. liv. 2. chap. 47. Mais si elle descend à des secondes nôces, j'estime qu'on pourra appliquer à cette Coutume la disposition de celle de Paris, parceque la faveur de la veuve cessant en ce cas, elle doit estre jugée par les maximes ordinaires, qui ont lieu en matiere d'usufruit, & qui requierent une caution de la part de l'usufruitier, comme il est établi en la Loy 13. *ff. de usufr.*

3. Si lorsqu'il n'y a point de doüaire faute de matiere, l'on doit donner quelque autre secours à la veuve.

Il arrive souvent que n'y ayant point eu de contrat de mariage, ni par consequent de doüaire préfix, le coutumier n'a point lieu, ni pour la femme, ni pour les enfans, faute de matiere, & parce que le mari n'avoit point d'immeubles lors de son mariage, & qu'il ne luy en est point venu pendant son mariage, qui fussent sujets au doüaire coutumier. Mais l'on a demandé si en ce cas il ne falloit pas donner quelque secours à la veuve, lors principalement qu'elle n'avoit pas de biens, à l'exemple de ce qui est établi par la Novelle 53. chapitre 6. qui donne à la veuve, laquelle est dans le besoin, la quatriéme partie des biens de son conjoint, quand il n'est resté que trois enfans de leur mariage, ou sa part afferante en la succession, quand il y en a plus.

Resolution pour la negative.

L'on convient neanmoins que cette disposition n'a point lieu dans nostre Droit, parce que ce qui n'entre pas dans le doüaire, entre dans la communauté, que la femme peut accepter, & que si la communauté n'est pas avantageuse à cause des dettes, les effets qui la composent, sont le bien des creanciers.

Il faut excepter les veuves qui sont domiciliées dans la Coutume d'Orleans, qui dans ce même cas leur donne en usufruit le quart de la part des conquests, qui appartient aux heritiers du mari, & au défaut de conquests le quart de leur part dans les meubles, c'est la disposition de l'art. 221. de cette Coutume.

4. Temperamment pour les enfans.

Quelques-uns ont favorisé en ce cas les enfans, en disant, que si depuis la mort de la femme, le mari a succedé à quelques immeubles en ligne directe, les enfans pouvoient prétendre que ces immeubles estoient leur doüaire, principalement lorsque sans cela, ils n'auroient aucun doüaire. Et de fait, l'on voit en quelques cas, que ce qui n'a pas esté du doüaire de la femme, ne laisse pas d'estre du doüaire des enfans, comme l'immeuble ameubli par le mari, comme les Offices qui ne sont sujets au doüaire de la femme que subsidiairement, & il y a un Arrest du 12 Mars 1607. qui établit cette opinion, & qui est rapporté par Tournet. Et la femme même a quelquefois son doüaire sur les immeubles qui viennent aux enfans depuis le decés de son mari par la mort de leur ayeul, sçavoir quand l'ayeul a promis doüaire à sa bru sur ses propres biens, auquel cas le prédecés du mari n'empêche pas l'effet de la clause, mais hors ces cas particuliers faute d'immeubles qui ayent esté possedez par le mari avant le mariage, ou qui luy soient échûs en ligne directe, pendant le mariage, il n'y a point de doüaire coutumier, & l'on ne voit pas que cet Arrest de 1607. ait esté suivi par aucun autre.

5. S'il est dû doüaire quand le mariage n'est pas consommé.

Il est quelquefois arrivé qu'on a contesté le doüaire, parce que le mariage n'a pas esté consommé, quoiqu'il ait esté celebré, ce qui est procedé ou d'une mort subite qui a prévenu, ou de l'impuissance du mari. Quand cela vient d'une mort subite, il est vray de dire, que le doüaire n'en est pas moins dû à la veuve, suivant la Loy 15. *ff. de condit. & demonstr.* qui dit, que si un testateur a fait un legs à quelqu'un, à la charge de prendre femme dans sa famille, dés que le legataire ayant choisi une femme dans cette famille, l'a menée chez luy solemnellement, il a merité le legs, quoiqu'il meurt avant que d'avoir consommé le mariage. C'est aussi la disposition de la Loy 30. *de reg. jur.* & de la Loy 6. & 7. *ff. de ritu nupt.* qui oblige la veuve en ce cas de pleurer un homme, qui n'a esté son mari que par son consentement, & par des ceremonies exterieures.

Que si cela vient d'impuissance du mari, il est constant qu'il n'est pas dû aucun doüaire; mais seulement des dommages & interests : car toutes les conventions matrimoniales ne sont que des consequences du mariage, & ne se peuvent trouver où ce Sacrement ne se trouve pas; mais où il n'y en a que l'ombre & la figure. C'est la disposition précise de la Loy *Dotis 3. ff. de jure do-*

tium, qui dit, *dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quæ consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest*. Ce qu'il faut entendre d'une impuissance incurable: car si on y peut remedier, & que le mari vienne à déceder avant sa guerison, comme dans l'espece que Monsieur d'Argentré rapporte sur l'art. 429. gl. 5. de la Coutume de Bretagne, ou qu'il vienne à mourir avant qu'on ait disposé sa femme à souffrir les effets du mariage, ce qui eût pû se faire sans risquer sa vie, j'estime que les conventions auront lieu, & que dans le premier cas, le mari sera reputé mari *integri status*, & dans le second, on jugera favorablement pour l'etat des conjoints, parcequ'une fois il y a eu mariage, si l'empêchement n'a pas esté insurmontable, *toto tit. de frigid.*

Enfin, il faut observer qu'il n'est pas necessaire que l'impuissance soit naturelle, mais qu'il suffit qu'elle soit sans ressource, parce qu'encore qu'elle ne soit qu'accidentelle, si elle est sans remede, & qu'elle précede le mariage, elle tient lieu au respect de la femme de l'impuissance naturelle, autre chose est d'une impuissance, qui n'est survenuë que depuis le mariage: car quoiqu'elle fût une malade incurable, elle ne donneroit pas d'atteinte au mariage, ni par consequent aux conventions.

Quand l'impuissance du mari donne lieu à la dissolution de mariage, il est dû à la femme des dommages & interests, & l'on ne croit pas que le mari ait ignoré son impuissance, quoiqu'il prétexte qu'il ne la pouvoit éprouver sans pecher. L'on juge au contraire que la nature l'avoit suffisamment instruit de son défaut, & qu'ainsi il s'est moqué d'une fille de fammille & d'un Sacrement, & même quand le procés de l'impuissance a beaucoup duré, & qu'une fille a perdu son temps, & l'occasion d'un autre mariage, en ce cas, on luy donne un doüaire tout entier sur les biens de l'impuissant, ce qui a esté jugé pour l'augment de dot au Parlement de Toulouse par Arrest du 7. May 1662. rapporté par Monsieur de Cambolas, livre. 4. chap. 37.

Le défaut de l'age est une espece d'impuissance, mais dont les remedes sont plus sûrs: La nature a des ressources pour les vieillards, & donne aux enfans des esperances presque certaines. Cependant l'on doute avec raison, si l'on doit executer les conventions d'un mariage, qui ayant esté fait prématurément, se trouve dissout par la mort d'un des conjoints, avant que d'avoir esté confirmé par la puberté. Et il y a un texte excellent en la Loy *Falsus tutor 11. §. 3. & 4. ff. quod falso tut.* où il est décidé, qu'en ce cas, la clause par laquelle on avoit stipulé au profit du mari le gain de la dot, ne doit point s'executer, si ce n'est que le mari ait esté en bonne foy, & ait esté trompé par celuy-là même qui veut repeter la dot, auquel le mari pourra opposer, en ce seul cas, son dol & sa mauvaise foy, & se défendre par là de rendre la dot. Il est donc certain, aux termes de cette Loy, que regulierement des conventions ne doivent pas avoir lieu. Aussi l'obstacle du mariage resulte alors du défaut de volonté; l'une des personnes n'ayant pas l'âge requis pour donner un consentement qui soit valable. Voyez Monsieur Boyer décision 22. nomb. 37. & Monsieur d'Argentré sur l'article 429. glose 4. nomb. 5. de la Coutume de Bretagne.

6. Des causes pour lesquelles les heritiers du mari

Enfin, il y a des causes qui peuvent donner lieu à un heritier du mari de refuser le doüaire à la veuve. La premiere est l'adultere, suivant le chapitre *Plerumque 4, extra de donat. inter*, qui dit, *si mulier ob causam fornicationis judicio Ecclesiæ aut propria volontate à viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem, dotem vel dotalitium repetere non valebit.*

peuvent refuser le doüaire, & premierement de l'adultere.

Cette décision generale a besoin d'explication, & premierement, il est constant que si le mari avoit fait condamner sa femme pour adultere, elle seroit déchûë du doüaire suivant ce texte, à moins qu'une pleine & entiere reconciliation ne persuadât fortement, que le mari auroit pardonné les foiblesses de sa femme. Aussi l'on juge qu'elle perd le droit de communauté, & il y en a un Arrest du 23. Decembre 1522. rapporté par Rebuff. *de sent. provis. art. 3. gl. 1. n. 16.* Enfin, l'on va jusques à declarer la dot confisquée au profit du mari, lorsqu'il n'y a point d'enfans.

2. L'instance d'adultere commencée par le mari, peut estre poursuivie par ses heritiers, & produire cette privation.

3. S'il paroist que le mari n'a pas poursuivi le crime de sa femme, à cause seulement qu'il a esté prévenu par la mort, les heritiers peuvent intenter l'accusation d'adultere par forme d'exception, Paul de Castres Conf. 147. Ce que j'estime ne devoir pas avoir lieu qu'en cas qu'il soit mort dans le dessein de le poursuivre, & qu'il s'en soit expliqué: autrement pour le peu d'intervalle qu'il y ait eu entre le crime de la femme, & la mort du mari, l'on doit présumer pour le pardon.

Quelques-uns croyent que les heritiers peuvent encore poursuivre la femme pour adultere, quand le mari n'a rien sçû de son crime, & c'est l'opinion de Coquille sur l'article 6. du titre du doüaire de la Coutume de Nivernois, où il allegue l'Arrest contre la veuve de l'Huissier de Tamenay; mais plusieurs sont de contraire avis, & avec raison, parce que le silence du mari doit faire présumer le pardon, & il ne doit pas estre permis à ses heritiers, de se montrer plus irreconciliables que luy, sur un crime où il a eu le principal interest. La crainte de l'éclat qui a retenu sa juste vengeance, doit supprimer la voix de ses heritiers, ils ne doivent pas troubler le repos, qu'il n'a sçû trouver que dans la mort, ni noter sa famille, pour s'épargner une joüissance momentanée. D'ailleurs, si l'opinion de Coquille avoit lieu, il seroit permis en tout cas aux heritiers de poursuivre l'adultere, la science du mari ne se devant pas présumer, & estant difficile à prouver.

4. Il suit de là que le pardon du mari, qui ne resulte pas du silence, & du défaut de poursuites; mais d'une reconciliation expresse, doit imposer silence à ses heritiers: par exemple, si le mari aprés un divorce declaré, a reçû de nouveau sa femme au lit conjugal, qu'elle avoit violé.

La seconde cause pour laquelle les heritiers du mari peuvent refuser le doüaire à sa veuve, est lorsqu'elle a delinqué dans l'an du deüil, cette peine est de l'Authentique *Eisdem C. de secund. nupt.* & il y a un Arrest dans la Conference des Coutumes, titre des doüaires, & dans Maistre Anne Robert, livre 1. chapitre 13. En effet, la veuve qui conserve tous les privileges, que le titre de femme luy a donnez, son rang, sa dignité, son domicile, suivant la Loy *Filii 22. §. 1. ff. ad municip.* doit aussi soutenir l'honneur du mariage, même aprés qu'il est fini, & quand par sa mauvaise conduite, & par une incontinence précipitée, elle deshonore le nom & la famille de son mari, qu'elle contriste ses manes, & offense sa memoire jusques à ce point, elle doit perdre tous ses gains nuptiaux, ce qui ne doit pas passer pour

7. De la veuve qui delinque dans l'an du deüil.

une Loy trop rigoureuse, puisque l'on voit dans la Loy *Si inimicitia ff. de his quib. ut ind.* que la veuve, qui avoit mal parlé de son défunt mari, estoit privée du legs qu'il luy avoit fait. Aussi la même peine de la privation du douaire a lieu, quand la veuve se remarie dans cet intervalle de temps, & il n'est pas juste d'imposer des peines aux secondes nôces qui sont permises, estant faites à temps, lesquelles n'ayent pas lieu contre une honteuse prostitution. La confusion du sang est autant à craindre dans l'incontinence, qui arrive à la femme peu aprés le déces de son mari, que dans un second mariage qu'elle précipite. ☞ Il ne faut pourtant pas entendre indistinctement ce que nous venons de dire, que la veuve qui se marie dans l'an du deüil, perd son doüaire, cela n'a lieu que quand il y a sujet de craindre la confusion du sang; non quand le sang se distingue, comme si une veuve se marie aprés dix mois de veuvage. L'an du deüil n'est donc pas observé à la lettre, principalement en païs coutumier, Morn. en l'addition marginale sur la Loy 1. *C. de sec. nupt.* Bugnon des Loix abrogées, liv. 1. chap. 120. Autre chose est de l'augment dans les Parlemens de Droit écrit. Il se perd par le convol dans l'an, la Rocheflavin liv. 2. lett. M. tit. 4. Arr. 11. pag. 215. Cependant le Parlement de Paris ne juge pas ainsi indistinctement, même pour les païs de Droit écrit qui sont de son ressort: car à moins que le second mariage ne soit si prés de la mort du premier mari, qu'il y ait lieu de craindre la confusion du sang, la Cour ne prive point une femme de son augment: Ce qui se verifie dans l'Arrest du 6. Mars 1697. rendu en la cinquiéme des Enquestes, au rapport de Monsieur de Lesseville, qui ajugea l'augment à Marie Rigaud, quoiqu'elle se fût remariée 7. mois aprés la mort de du Buisson son premier mari, mais en usufruit seulement; aussi-bien que ses bagues & joyaux, quoique les enfans fussent tous prédecedez, la Cour jugeant qu'en ces Provinces, la mere qui perd la proprieté de ses gains nuptiaux, par son convol, ne la recouvre pas par le prédecés des enfans. L'Arrest fut rendu sur un appel de Lyon, & entre personnes domiciliées à Montbrison. Les noms des parties estoient du Buisson & Marie Rigaud.]

8. De la femme séparée au temps du decés de son mari.

En quelques Coutumes une femme qui est séparée de son mari lors de son decés, & par la faute de laquelle le divorce est arrivé, doit perdre son doüaire, c'est la disposition des articles 376. & 377. de la Coutume de Normandie, de l'article 314. de celle d'Anjou, & de l'article 451. de la Coutume de Bretagne, & dans cette derniere la seule absence de la femme lors du decés du mari, si elle n'en a une legitime excuse, produit cet effet.

9. De la veuve qui ne venge pas la mort de son mari.

La veuve qui ne venge pas la mort de son mari, doit aussi estre privée de son doüaire: ce que l'on peut inferer de la Loy *Ei cui 20. ff. de his qua ut ind.* qui dit, que le mari qui ne venge pas la mort de sa femme, doit perdre la dot qu'il auroit dû gagner. Je doute même que l'on suivît à cet égard parmi nous la disposition de la Loy *Minoribus 6. C. de his quib. ut ind.* qui dit que les mineurs qui ne vengent pas la mort du défunt, ne sont pas dignes de luy succeder: car qui est propre au mariage doit l'estre aux deniers & aux plus justes devoirs du mariage. Voyez la distinction 2. nomb. 49. & 50.

10. Si la veuve donataire mutuelle confond son doüaire préfix.

☞ La question, si la femme estant donataire mutuelle confond son doüaire préfix, dépend de la disposition des Coutumes, celles de Paris art. 257. & de Calais art. 58. décident qu'elle ne confond point son doüaire, & qu'il se prend sur les autres biens, toutes les autres qui parlent de cette espece décident le contraire. Cependant j'estime que dans les Coutumes qui n'en font aucune mention, on doit s'atacher aux Coutumes de Paris & de Calais, parceque le don mutuel ne seroit pas égal si le doüaire se confondoit, puisque la femme ne doit point de doüaire au mari, que le doüaire n'est point une dette de la communauté, mais du mari, & qu'aucune donation n'est jamais censée faite en compensation du doüaire, comme il se voit dans l'Arrest du 30. Janvier 1651. rapporté par Soefve tom. 1. cent. 3. chap. 60. & par du Fresne liv. 6. ch. 17. & dans celuy du 2. Mars 1648. rapporté par le même Auteur tom. 1. liv. 5. chap. 31.

11. Quid s'il n'y a point de propres, mais seulement des meubles & conquests.

La difficulté est au cas que le mari ne laisse pour tous biens que des meubles & conquests; quelques-uns ayant estimé que la confusion avoit lieu,

Raisons contre la doüairiere.

en ce cas, puisque le doüaire ne se pouvoit prendre que sur les meubles & conquests qui font déja la matiere du don mutuel, & que c'est une maxime que deux causes lucratives ne peuvent concourir dans un même sujet. Ils ajoûtent qu'on ne peut pas vendre la proprieté pour servir à remplacer le doüaire: & qu'outre la difficulté de vendre une nuë proprieté, cela seroit contre la nature du doüaire de la femme, qui n'étant qu'en usufruit ne doit jamais consommer la proprieté: enfin ils rapportent un grand nombre d'autoritez, celle de Maistre Barthelemi Ozannet sur les art. 257. & 288. de la Coutume de Paris, celle de Maistre du Plessis en son Traité des Donat. titre du don mutuel, quantité de Coutumes qui sont rapportées dans la Conference, sur l'art. 257. de la Coutume de Paris. L'usage du Châtelet attesté par Bacquet au Droit de Just. chap. 15. nomb. 83. un Arrest du 15. May 1647. rapporté par Maistre Ozannet sur cet art. 257. plusieurs préjugez semblables, comme entr'autres celuy du 14. May 1687. rapporté dans le Journ. du Pal. part. 11. pag. 119. rendu en la Grande Chambre au rapport de Monsieur Frezon, qui a jugé qu'une veuve qui par son contrat de mariage estoit donataire mutuelle de l'usufruit de tous les biens de son mari, n'estoit pas bien fondée à demander outre cela 600. livres de doüaire viager, qui luy avoit esté constitué par le même contrat.

Raisons pour la doüairiere.

La doüairiere dit au contraire qu'il est juste d'executer tout ensemble la convention du doüaire & celle du don mutuel, tandis qu'il y a de quoy asseoir leur execution, & qu'il n'y a point de necessité absoluë de confondre ces deux conventions: Or le doüaire préfix se pouvant prendre sur les heritiers du mari, ou sur la proprieté des meubles & conquests, qui font de sa succession; il est vray de dire qu'il ne se confond point necessairement avec le don mutuel. Aussi la maniere ordinaire dont le doüaire s'acquitte en cette espece, est que les heritiers de la doüairiere en rendant compte des meubles & conquests dont elle a joüi à titre de don mutuel, couchent en dépense les arrerages, ou le fond même de son doüaire quand il est sans retour.

Il ne se fait point en cela de concours de deux causes lucratives, parce que le don mutuel se prend sur l'usufruit des conquests de communauté; & le doüaire se prend ou sur les heritiers du

mari, ou sur la proprieté des meubles & conquests, qui sont deux assignats differens, & quand on dit, que deux causes lucratives ne peuvent pas concourir, c'est à dire, que celuy qui est déja donataire d'une chose, ne peut pas avoir la même chose en vertu d'une seconde donation, ce qui n'a rien de commun avec l'espece dont il s'agit. Au surplus il n'y a pas d'inconvenient que le doüaire estant dû naturellement en usufruit se paye sur une proprieté : ce qui arrive tous les jours lorsque le fond ne suffit pas pour la rente du doüaire: car en ce cas on saisit la veuve du fond du doüaire, dont elle perçoit les arrerages, & pour le surplus de sa rente de doüaire, elle se venge sur ce fond qui diminuë tous les ans à proportion.

L'égalité du don naturel demande que cela se juge ainsi : car comme le mari n'a point de doüaire de sa part, & qu'estant le survivant, il ne feroit point une pareille confusion en sa personne, dés qu'on la feroit faire à la femme il y auroit du desavantage de son costé & de l'inégalité dans le don mutuel : il y auroit moins dans le don mutuel pour la femme que pour le mari.

L'article 257. de la Coutume de Paris préjuge ainsi la question, quand il dit qu'en cas de concours du don & du doüaire, la veuve qui joüit en vertu de son don mutuel de la part des meubles & conquests qui appartiennent à son mari, prend son doüaire sur le surplus des biens de son mari sans aucune confusion: ce qui se peut appliquer en nostre espece à la proprieté des meubles & conquests de la succession du mari, sur laquelle le doüaire se doit prendre aux termes de cet article.

A l'égard des autoritez, il y a l'avis de Bacquet ch. 15. nomb. 83. celuy de Maistre Jean-Marie Ricard, partie 3. chap. 9. sect. 3. numero 1469. & suivans, un Arrest du 5. Avril 1613. rapporté par cet Auteur, deux autres du dernier Avril & du mois de Mars 1618. dans le Grand sur l'art. 86. de la Coutume de Troyes gl. 9. un du 26. Mars 1683. rapporté dans le Journ. du Pal. part. 9. pag. 220. & on peut encore appliquer à cette espece un Arrest du 30. Janvier 1651. rapporté par Soefve tom. 1. cent. 3. chap. 60. & par du Fresne liv. 6. ch. 17. & un précedent du 2. mars 1648. dans le même tom. 1. liv. 5. chap. 31. qui jugent qu'aucune donation n'est présumée faite en compensation du doüaire. On ne peut pas s'exempter de donner les mains à ces raisons & à ces autoritez.

Cette décision doit avoir lieu à plus forte raison au cas que le doüaire soit sans retour : en ce cas c'est une proprieté qui se prend sur une autre.]

12. En quoy consiste le doüaire. Pour sçavoir à present ce que les heritiers doivent à la veuve à titre de doüaire, il est certain que la plûpart des Coutumes composent le doüaire de la moitié des immeubles, que le mari possedoit au temps du mariage, & de la moitié de ceux qui luy sont échûs pendant le mariage par succession directe. Mais le préfix peut estre moindre ou plus grand, si la Coutume ne le défend.

13. Doüaire préfix exclut l'optiō du coutumier, s'il n'y a clause au contraire. Quand il y a un doüaire préfix, la femme n'a pas le choix du coutumier, s'il n'y en a clause dans le contrat : c'est la décision de la Coutume de Laon article 34. & de celle de Paris, article 261. dont la raison est, que la disposition de l'homme fait cesser celle de la Loy.

14. L'optiō passe aux heritiers qui peuvent choisir le doüaire sans retour. Que si elle decede sans avoir consommé l'option que le contrat luy donne, ses heritiers succedent à ce droit, & l'option n'est point restrée, en ce cas, aux heritiers du du mari. Que si on luy a accordé un doüaire coutumier, ou un préfix sans retour, le tout à son choix, ses heritiers pourront, en ce cas, choisir le doüaire préfix sans retour, ☞ pourvû qu'il n'y ait point d'enfans.

Le temps d'opter par la veuve le doüaire préfix, ou le coutumier, est limité par quelques Coutumes à 40. jours, à compter depuis la mort du mari. 15. Dans quel temps la veuve doit opter. Mais quand ces Coutumes n'ajoûtent pas une peine au défaut d'option dans les 40. jours, & ne disent pas, à peine de décheance du préfix, en ce cas, les heritiers doivent faire declarer la veuve déchuë de l'option : jusques à cela, elle peut opter, même aprés les 40. jours, ce qui a lieu principalement dans les Coutumes qui declarent que les arrerages du préfix ne courent que du jour qu'il a esté accepté : car il est évident que dans ces Coutumes le peine legale, à laquelle il n'est pas permis de rien ajoûter, comme dit tres bien Maistre Charles du Molin à cette occasion sur l'art. 71. de la Coutume de Clermont, est reduite à la privation des arrerages jusques au jour de l'option. Mais on peut demander si les heritiers faisant décheoir la veuve de son option, elle leur doit estre referée, ensorte qu'ils ayent droit de la réduire au doüaire préfix, s'il est moindre que le coutumier; ou si l'option du préfix n'estant point faite par la veuve, le coutumier a lieu. Pour moy j'estime que l'option doit estre referée, & que le préfix peut aussi-bien estre donné en ce cas par les heritiers du mari, que le coutumier, puisque regulierement le préfix fait cesser le coutumier & le choix du coutumier, s'il n'y a une convention contraire.

Si la veuve estoit mineure lors de son option, elle est restituable, même au préjudice des enfans, 16. De la restitution contre l'option. si elle estoit majeure, elle n'est point restituable, nonobstant que les enfans eussent interest qu'elle fût restituée quand il y a des creanciers qui s'opposent, parce que l'option du doüaire préfix ou du coutumier est de celles qui emportent execution.]

Le doüaire coutumier d'une premiere femme comprend ce qui vient d'estre dit. 17. Quel est le doüaire d'une seconde femme. Celuy d'une seconde comprend premierement le quart des mêmes heritages, dont le premier doüaire a esté composé. 2. La moitié des immeubles qui sont venus au mari pendant le premier mariage à titre de succession collaterale. 3. La moitié des conquests de sa premiere communauté, si les heritiers de sa premiere femme y ont renoncé; sinon la moitié de la part du mari. 4. La moitié des propres qui luy sont échûs par succession entre ses deux mariages, & des acquests qu'il peut avoir faits dans cet intervalle. 5. La moitié des propres qui luy sont venus pendant le second mariage par succession directe. Il en faut dire autant à proportion du doüaire des troisiémes nôces. ☞ Quoique les enfans du premier mariage se portent heritiers du pere, le doüaire de la seconde femme n'en augmente pas pour cela, il est toûjours réduit à ce qui vient d'estre dit. Enfin, la mort des enfans du premier lit, aux acquests desquels le pere succede, n'augmente pas le doüaire de sa seconde femme, parce qu'ils ne sont que de simples acquests en sa personne, ne luy estant pas déferez par l'ordre naturel, mais au contraire, contre l'ordre naturel des successions legitimes : c'est ce qui a esté jugé par l'Arrest du 31 Juillet 1675. rapporté dans la quatriéme partie du Journ. du Pal. pag. 457.

S'il arrive une succession collaterale de biens de Paris, & d'un homme qui estoit domicilié à Paris, à un homme domicilié en Bretagne, c'est une question si les rentes constituées augmenteront le doüaire de la femme : car ces rentes estoient censées situées à Paris, puisque le défunt à qui elles appartenoient y demeuroit. Or le doüaire comme la succession, estant réel, il semble

qu'il faut suivre la Coutume de la situation de l'immeuble pour juger s'il sert au douaire, ou s'il n'y sert pas; de même que s'il s'agissoit de sçavoir si le mari auroit pû succeder à cette rente, on auroit suivi la même Coutume. Or elle ne donne point le doüaire sur les biens écheus en ligne collaterale. Il y a plus, car il faut necessairement présupposer que la succession regle le doüaire: Or la succession arrive à Paris; & la Coutume exclut ici le doüaire.

Il faut dire nonobstant cela, que cette rente augmentera le douaire de la femme: le mari étant censé l'avoir euë au moment du decés du défunt, & dans ce moment étant devenu creancier, & par consequent la rente s'étant regie par la Coutume de Bretagne, sous laquelle il a son domicile.]

18. Ce qui est censé immeuble en fait de doüaire. Pour sçavoir à present ce que les heritiers du mari doivent passer pour immeubles à l'égard du douaire, 1. Il n'y a pas de doute à l'égard des immeubles réels.

19. Si les rentes constituées. 2. Les rentes constituées, à cause de leur hypoteque, & les foncieres, comme faisant partie du fond, passent constamment pour immeubles à cet égard. Que si elles sont rachetées durant le mariage, la veuve doit avoir recompense sur le prix du rachat, pourvû qu'elle renonce à la communauté. C'est la disposition de la Coutume de Normandie article 406. Mais si tout le bien du mari consiste en rentes, qu'elles soient rachetées durant le mariage, & qu'il en dissipe le prix, la femme se trouvera frustrée de son doüaire.

20. *Quid des Offices.* 3. Il n'en est pas de même des Offices, qui ne ne sont reputez immeubles en cette matiere, que subsidiairement, & au défaut d'autres biens, sur lesquels le douaire puisse être assigné, ☞ & au défaut du douaire préfix: car nonobstant l'option donnée du préfix ou du coutumier, la femme ne prendra pas le douaire coutumier sur l'Office, dés qu'elle peut prendre le doüaire préfix, parce que l'Office ne sert au douaire que subsidiairement.] Cependant l'on tient qu'ils sont partie indistinctement du doüaire des enfans. Ils sont aussi sujets aujourd'huy au doüaire préfix de la femme: quoique l'on dise ordinairement que le douaire préfix tient lieu du coutumier: parce qu'ils sont susceptibles d'hypoteques, & le prix s'en distribuë par ordre d'hypoteques aux termes de la derniere Declaration du Roy.

21. *Quid des deniers réalisez.* 4. Les deniers réalisez par le mari dans le contrat de mariage, ne font point partie du douaire coutumier: parce que la réalisation n'a eu pour objet que l'exclusion de la communauté: elle est toute renfermée dans cet effet, hors duquel les deniers réalisez conservent toûjours leur qualité originaire de meubles.

22. *Quid d'un ameublissement.* 5. Si le mari a ameubli des heritages dans le même contrat, ils ne seront point sujets au douaire de la femme: parce que l'esprit des contractans n'est pas, que ce qu'ils ameublissent, soit sujet au douaire: outre que la femme ne doit pas avoir deux titres lucratifs sur un même bien, la communauté & le douaire. Ce qui auroit lieu neanmoins en cas même qu'elle renonçât à la communauté. L'on tient qu'il n'en est pas de même à l'égard des enfans, & qu'ils prennent leur douaire sur le bien ameubli par leur pere: ce qui semble ne devoir avoir lieu, qu'en cas que venant directement au douaire ils ayent renoncé à la communauté; ou que si leur mere a recueilli le douaire, qu'elle ait renoncé, ou qu'ils ne soient point ses heritiers, ce qui arrive volontiers: car rarement on aura accepté la communauté de celui sur les biens duquel les enfans se contenteront de prendre le douaire.

Que si c'est la femme qui a fait l'ameublissement d'un de ses propres, elle n'aura pas non plus de douaire sur la part du mari: parce que cette part n'est qu'un acquest au mari, & ne luy est pas propre de communauté, & qu'enfin la clause même de l'ameublissement induit, que le mari a droit en l'heritage à titre de communauté, & que la femme en est excluse à titre de douaire.

Tous les immeubles qui sont donnez au mari par son contrat de mariage, soit par des pere & mere, soit par des parens collateraux, soit par sa femme même, sont sujets au douaire: parce qu'il est vray de dire qu'il a eu les immeubles lors du mariage, & que quoique ces donations soient peut-être faites sous la condition & en faveur du mariage; neanmoins cette condition se purifie par la celebration: ce qui fait que le mari est reputé proprietaire du jour du contrat. Aussi la Coutume d'Amiens article 112. dit, *& qui luy avoient esté donnez avant icelui, ou en le traitant.* Monsieur d'Argentré a prévû le cas d'une donation faite par la future épouse à son futur époux, & a decidé en ces termes: *Et ego quoque in his tribuendum puto, cum mariti bona sint: nec refert unde habet maritus nec prejudicium fiat donationi, cum alio titulo, & ut de alieno jure matrimonii & illati pedis capiat.* Mais on ne manquera pas de dire que l'intention des contractans semble s'opposer à cette décision, & que quand une femme donne un heritage à son futur époux, elle entend qu'il en joüira librement, & sans charge de doüaire: & c'est une raison à peu prés semblable à ce qui a esté dit cy-dessus, que la veuve n'avoit pas son doüaire sur l'heritage que son mari avoit ameubli dans le contrat: parce que l'on devoit croire que les Parties n'avoient pas voulu donner le doüaire sur ce qu'ils ameublissoient: Et pourquoi, dira-t-on, aura-t-on égard à l'intention des Parties en l'un de ces cas, & non pas en l'autre? — 23. *Quid des immeubles donnez au mari par son contrat de mariage.*

Je réponds, que la raison de difference est, que les futurs conjoints qui ameublissent un heritage, le mettent hors d'état de composer un doüaire; mais la femme qui donne un immeuble à son mari, bien loin de l'exempter & de l'affranchir du doüaire, au contraire elle l'y soumet, quoiqu'il n'y fût pas sujet auparavant: & elle fournit à son mari de quoy luy assurer son doüaire à elle-même, en cas qu'elle le survive, & de quoy luy assurer à luy-même sa subsistance, en cas qu'elle prédecede.

Que dira-t-on à l'égard des donations qui sont faites au mari par son contrat de mariage posterieur à la celebration? Et il faut distinguer entre celles qui sont faites par un parent collateral ou par un étranger, & celles qui sont faites par des ascendans. Les premieres ne sont point sujettes au doüaire coutumier, mais bien les secondes, qui sont des successions anticipées; pour exclure les premieres du doüaire coutumier, il suffit que ce soient des donations faites depuis les épousailles & la benediction nuptiale. Ainsi sans une stipulation expresse la femme n'aura point de doüaire sur ces sortes de biens, & en ce cas, ce seroit un doüaire préfix, & encore faudroit-il que le contrat se fist peu aprés la celebration, & en presence de tous les parens, sans quoy il passeroit pour une contre-lettre prohibée, la Coutume ayant déja contracté au lieu des parties, & pour une donation entre conjoints faite pendant le mariage. — 24. *Quid des donations faites au mari par son contrat de mariage posterieur à la celebration.*

Il s'est presenté autrefois la question de sçavoir, si — 25. Si le

mari ayant vendu quelques-uns de ses immeubles entre le cõtrat & la celebration du mariage, ses heritiers en doivent recompense à la veuve.

si un mari ayant vendu quelques-uns de ses immeubles entre le contrat & la celebration du mariage, les heritiers du mari en devoient indemniser la veuve? Et premierement, il est indubitable que non, lorsque la veuve accepte la communauté, parce qu'elle profite du prix; & elle ne peut pas avoir deux titres lucratifs sur une même chose: & c'est sur ce fondement qu'il a esté dit cy-dessus, que le mari ayant ameubli un heritage, la veuve n'y pouvoit pas prétendre de doüaire, principalement quand elle acceptoit la communauté.

26. *Quid* si la veuve renonce à la communauté.

En second lieu, si la veuve renonce à la communauté dés que le contrat de mariage fait mention du douaire, & porte que la femme sera doüée suivant la Coutume, il est certain que les heritiers du mari doivent à la veuve la recompense & le remplacement des alienations faites depuis le contrat: parce que si toutes les clauses du contrat de mariage sont présupposées faites sous cette condition, *si subsequantur nuptiæ*, neanmoins elles sont purifiées par l'accomplissement du mariage: Aussi l'hypoteque des conventions a lieu du jour du contrat, pourvû que la celebration suive peu aprés, la Coutume de Sedan, art. 120. la donne du jour des fiançailles. Ainsi tout ce que le mari pouvoit avoir d'immeubles lors du contrat de mariage, est sujet au douaire de la femme, au respect du mari & de ses heritiers.

27. *Quid* à l'égard du tiers détempteur.

A l'égard des tiers détempteurs, j'estimerois, que pourvû qu'il y eût eu un intervalle considerable entre le contrat & la celebration du mariage, par exemple, s'il s'estoit écoulé plus d'un an, le decret fait cependant par l'acheteur purgeroit le douaire.

28. *Quid* si le tiers détempteur a commencé à prescrire avant le mariage.

Il y auroit plus de difficulté pour une vente suivie d'un commencement de prescription que l'on prétendroit s'estre achevée durant le mariage: car d'un côté l'on donne ordinairement un effet retroactif au mariage, lorsqu'il y a des obligations intermediaires entre le contrat & la celebration. Et si cet usage qui est attesté par Maître Antoine Mornac, sur la Loy 1. *ff. qui potiores*, ne va pas à détruire un decret intermediaire, qu'un tiers acheteur auroit fait faire: parce que c'est un droit tout formé avant la celebration du mariage, il doit au moins empêcher l'effet de la prescription qui est commencée avant la celebration, mais qui ne s'acheveroit que depuis le mariage.

Pour la prescription.

D'autre part, l'on peut dire, que si la prescription s'estoit achevée avant la celebration, elle serviroit au tiers détempteur. Or il en faut dire autant de la premiere année, que de tout le cours de la prescription: & c'est au moins une prescription legitimement commencée. Que si cela est, il semble qu'elle s'est pû achever durant le mariage: parce que, pour sçavoir si les prescriptions sont legitimes, l'on a toûjours égard au commencement, *L. un. C. de usu cap. transform.* & c'est sur ce fondement que l'on juge que la prescription conventionnelle, commencée sous un majeur, continuë & s'acheve sous un mineur: quē la prescription commencée avec bonne foy, ne s'interrompt point par la science & la connoissance qui survient au possesseur, du droit d'autruy: & qu'enfin un heritage commencé à prescrire par un pere, achevant de se prescrire par un fils, est propre paternel en la succession de celuy-ci.

29. Que l'on juge des prescriptions par leur commencement.

30. Impossibilité de prévoir un mariage qui ne se doit celebrer que long-temps aprés.

On ajoûte pour cette opinion la juste ignorance du contrat de mariage, qui est un fait secret & caché aux yeux des hommes: & que comme un mariage clandestin, n'empêcheroit pas la prescription de l'heritage sujet au douaire; aussi un contrat de mariage qui n'est suivi de la celebration, que plus d'un an aprés, n'empêche pas que cette possession intermediaire du tiers détempteur, ne soit le commencement d'une prescription legitime: dautant qu'il est bien plus difficile de prévoir un mariage, lequel ne se fera qu'un an ou deux aprés, que de découvrir la verité d'un mariage, qui n'est pas tout-à-fait public, mais qui est contracté neanmoins.

31. Que le contrat de mariage dépend d'une conditiõ resolutive & potestative.

Ce qui me détermineroit pour cette derniere opinion, c'est que le contrat de mariage est tellement dépendant de la celebration, qu'il est réputé fait sous une condition resolutoire, pourvû que le mariage s'accomplisse: & que d'ailleurs il est entierement en la faculté des Parties, quoiqu'elles ayent fait un contrat, de passer ou de ne point passer outre, à la celebration de leur mariage. Ce qui estant certain, l'on peut dire que la perfection du contrat n'arrive que par la celebration, & même il y a lieu de dire dans les grandes regles, que le mariage ne doit point avoir à cet égard un effet retroactif au jour du contrat, puisque la condition du contrat estoit pure potestative, & que les Parties pouvoient toutes deux d'un commun consentement, & chacune d'elles, sans le consentement de l'autre, resilir du contrat de mariage. Aussi la Loy derniere *C. de donat. ante*, dit que la dot n'est point veritablement dot avant le mariage, & *Fabianus de Monte* en son Traité *de empt. & vend. qu. 5. n. 25.* dit, que si deux personnes ont fait une vente ensemble, pour le prix dont ils conviendroient, la convention posterieure du prix n'a point d'effet retroactif, parce que les Parties pouvoient ne pas convenir. Cet effet retroactif est encore moins juste, quand il y a une obligation intermediarie que l'on voudroit postposer par ce moyen, ce qui peut estre fondé sur la Loy *Qui balneum 9. §. 3. ff. qui potiores*, & sur l'avis de Bartole, sur la Loy *Assiduis C. qui potiores.* Que si l'on estimoit que la faveur des conventions matrimoniales, dût produire cet effet retroactif, cela devroit estre restraint aux contrats, qui se font peu auparavant la celebration: ensorte qu'il ne soit pas moralement possible que l'on contracte avec le mari, sans estre averti par l'appareil des nôces, & sans apprendre qu'il est sur le point de s'engager par mariage, & qu'il en peut avoir passé le contrat: & c'est un passe-droit qui doit estre limité dans son cas, que l'on prétend favorable, & ne doit pas estre étendu à d'autres, ou ce seroit un veritable piege aux creanciers. Aussi est-ce l'avis de Negusantius, qui agite cette question en son Traité *de pignor. & hypot. part. 2. memb. 4. n 79.*

32. Recapitulation de la question.

Il faut donc dire pour la resolution de cette question, que l'on s'attachera aux grandes regles, & en ce cas, il est certain que l'évenement d'une condition pure potestative, apposée dans une stipulation, n'a point d'effet retroactif au préjudice d'un tiers, qui a contracté dans le temps intermediaire, parce que celuy de qui dépend la condition, ayant la liberté de l'accomplir, ou de ne la pas accomplir, il ne donne la perfection à son contrat, que lorsqu'il accomplit la condition; c'est pourquoy il est décidé dans le Droit, que l'hypoteque intermediaire entre la donation & la tradition, doit prévaloir à la donation: parce que le donateur avoit la faculté de la pouvoir revoquer avant la tradition, & c'est la disposition de la Loy derniere *ff. de donat.* De même, on a

demandé dans le Droit, si l'hypoteque intermediaire entre une obligation & la numeration de deniers, devoit prévaloir, & l'on a décidé que toutes les fois que l'affaire pouvoit ne se pas achever, les hypoteques intermediaires devoient prévaloir : & c'est la disposition de la Loy 4. *ff. quæ res pign.* de la Loy 9. §. 1. *ff. qui pot.* de la Loy 11. du même titre, de la Loy 8. *C. eod.* Ou bien l'on s'attachera à la faveur des conventions de mariage, & en ce cas, ce qui seroit établi en faveur des conventions, doit estre restraint au cas que le mariage se fasse à l'ordinaire & peu aprés le contrat, & non pas un, deux ou trois ans aprés.

A quoy l'on peut même appliquer ce qui a esté jugé à l'égard des hypoteques intermediaires entre la donation & l'insinuation. Car la donation ne prévaut à ces hypoteques, aux termes des Arrests, que lorsque l'insinuation se fait dans les quatre mois; que si elle se fait aprés les quatre mois, l'hypoteque intermediaire prévaut à la donation : ce qui a esté jugé par Arrest du 20. Mars 1595. rapporté par Gouget partie 3. question 22. pag. 706.

Il faut donc dire, que le détempteur ayant un commencement de legitime possession avant le mariage, qui ne se celebre que plus d'un an aprés le contrat, acheve la prescription durant le mariage. Quelques-uns iroient plus loin, en disant que son hypoteque doit prévaloir à celle du contrat de mariage fait un an avant la celebration : mais Maistre Antoine Mornac sur la Loy 1. *ff. qui potiores*, rapporte un Arrest qui semble contraire. Cette derniere branche de nostre question principale pourroit passer pour étrangere à nostre matiere, n'estoit qu'elle vient necessairement aprés que l'on a demandé, si, en ce cas, il est dû recompense par les heritiers, ce qui porte à demander aprés, si les heritiers du mari estant devenus insolvables, on se peut adresser au tiers détempteur.

33. Si le doüaire préfix ou coutumier se purge par un decret. Au reste le doüaire coutumier de la femme ne peut recevoir d'atteinte par un decret fait pendant le mariage, s'il n'est fait tant sur elle, que sur son mari : celuy des enfans ne peut jamais recevoir d'atteinte par cette voye durant le mariage. Et l'interest du douaire coutumier de la femme & des enfans donne lieu à faire casser le decret, comme estant fait *super non domino*, à moins qu'il ne soit fait & poursuivi à la requeste de creanciers anterieurs au mariage, auquel cas le decret valide tant au respect des enfans, que de la femme : ou qu'il y ait au moins quelque opposant qui soit anterieur, & qui soit creancier de sommes considerables. Pour ce qui est du douaire préfix, le decret ne le purge point à l'égard de la femme, durant le mariage; quoique fait pour une dette où elle a parlé : il le purge encore moins à l'égard des enfans qui ne peuvent du tout agir : & l'hypoteque reste aprés, & nonobstant le decret; quoiqu'il ne s'infirme pas : parce que l'hypoteque du douaire préfix ne fait pas une proprieté, qui donne lieu d'appeller, & de dire que le decret soit fait *super non domino.* C'est pourquoy l'adjudicataire, qui découvre que l'heritage qui luy a esté ajugé, est chargé d'un douaire préfix, doit former son opposition, avant que le decret soit levé & scellé, afin qu'il soit dit, que les creanciers posterieurs au mariage ne pourront toucher qu'en donnant bonne & suffisante caution : ou qu'il sera fait un employ du prix de son adjudication pour servir au douaire. Que si le decret est fait depuis le prédecés de la mere & pendant la survie du pere, les enfans, quoique majeurs, ne sont point obligez de s'opposer; & le decret qui intervient, ne purge ni l'hypoteque de leur douaire préfix, ni la proprieté du coutumier : parce qu'ils ne sçavent pas s'ils ne seront point heritiers du pere : & dans ce doute il seroit bien dur de les obliger de s'opposer au decret : Aussi les Arrests les en ont dispensez, & ont jugé, qu'en ce cas, le decret ne purgeoit point le droit des enfans, ils sont rapportez par Monsieur Loüet & son Commentaire lettre D. nombre 20.

Que si le decret de l'heritage sujet au douaire se fait non sur le pere, mais sur le tiers détempteur qui a acquis du pere. Maistre Jean Marie Ricard en son Traité des Substitutions, partie 2. chapitre 13. nombre 87. estime qu'il purge le douaire : parce qu'il est fait, en ce cas, *super domino*, mais je ne suis pas de cet avis, d'autant que les enfans n'ont pas une pleine liberté d'agir, & que leur propre interest leur défend de s'opposer : estant alors incertain s'ils seront heritiers du pere, ou s'ils se tiendront au douaire. D'ailleurs, si cette opinion estoit suivie, il ne faudroit plus faire fond sur les douaires, ni sur les substitutions; puisque le pere, ou l'heritier institué n'auroit qu'à vendre, & faire decreter les biens sur l'acquereur.

Le douaire coutumier, à proprement parler, n'est dû par personne : c'est un usufruit à prendre sur la chose; mais le préfix est dû tant par les heritiers mobiliers que par les immobiliers, sans aucune garantie des premiers contre les seconds, si ce n'est pour en partager & égaler entr'eux le payement à proportion de l'émolument. 34. Par qui le douaire préfix est dû. La femme qui accepte la communauté n'en confond rien neanmoins, parce que c'est la dette du mari, & il se prend tout entier sur ses biens particuliers : elle n'en confond rien non plus quand elle est donataire mutuelle : parce qu'elle a le don mutuel par une convention particuliere & posterieure au douaire, & que si elle confondoit son douaire dans son don, la donation ne seroit pas égale, puisque le mari n'a point de douaire à confondre. Ainsi la veuve en ce cas prend son douaire sur les biens propres de son mari, suivant l'art. 257. de la Coutume de Paris; mais si elle est heritiere d'un des enfans, elle confond à proportion en cette qualité.

On demande si lorsque le pere du mari constituë le douaire à sa bru, cette constitution est une donation ou une simple garantie. Il faut distinguer si le mari a des droits acquis, ou non. 35. Quid si le pere l'a promis. S'il n'en a point, c'est une donation, & en cas que le fils prédecede, le pere payera le douaire à sa bru. Que si le pere meurt ensuite, & que les enfans du fils, petit-fils de celuy qui a promis le douaire, renoncent à sa succession, le douaire de la veuve se continuera de payer au dépens de la succession de l'ayeul; si les petits-fils sont heritiers de l'ayeul, ils rapportent la donation; quoiqu'ils ayent renoncé à la succession de leur pere : Ainsi ils payent le douaire de leur mere depuis le decés de leur ayeul. Ce premier cas semble sans difficulté : car le pere ayant constitué douaire à la femme de son fils, en un temps auquel le fils n'avoit point de droits échûs, il est sans doute que c'est une donation qu'il a faite au fils.

Que si le fils avoit lors des droits acquis, il faut encore distinguer : car si le pere luy donne le bien de sa mere, & outre cela constituë un douaire à sa bru, il est sans difficulté, qu'il a voulu donner en constituant ce douaire : mais s'il ne luy donne qu'une certaine somme, ou un certain

bien, tant en avancement d'hoirie, que sur la succession échuë; en ce cas le doüaire qu'il constituë à sa bru, est en acquit de ce qu'il doit à son fils, & se regle comme la dot : c'est à dire que le pere est censé avoir voulu acquitter sa dette, avant de faire une donation. C'est le temperamment que nous apportons à la Loy derniere *C. de dotis promissione*.

La Coutume de Bourbonnois art. 259. ne fait pas toutes ces distinctions, & dit indéfiniment en l'art. 259. que le doüaire constitué par le beaupere à la bru, n'est qu'une promesse de fournir & faire valoir le doüaire, & que la bru doit épuiser les biens du fils avant de s'adresser au pere.

36. Qu'il doit estre payé d'avance. Le doüaire préfix doit estre payé d'avance, parce qu'il tient lieu d'alimens, à l'exemple du legs annuel, suivant la Loy *in singulos 8. ff. de annuis legat. & fideic.* & la Loy *eum qui 56. §. 4. ff. de verb. obligation.* mais si la veuve meurt incontinent aprés avoir receu un quartier, je n'estime pas que ses heritiers doivent rien restituer aux heritiers collateraux du mari; Autre chose est à l'égard des enfans du mariage qui renoncent à la succession de la mere, à qui le doüaire tient lieu d'alimens.

Si l'on a donné à la veuve la joüissance d'une terre pour son doüaire préfix, & que cette terre diminuë de prix, elle n'a pas de recours, supposé qu'elle ait declaré se contenter de cette terre, & que par une espece de forfait, elle en ait pris les revenus en payement de ses arrerages : *L. Si ea pactione 14. C. de usuris.* Autre chose est si on luy a donné la joüissance de cette terre par forme d'assignat.] 37. Joüissance de cette donnée à la veuve pour son doüaire préfix.

DISTINCTION II.

Contenant les questions qui concernent la possession du doüaire.

SOMMAIRE.

1. *De l'éviction des biens du mari, & quel préjudice le doüaire en souffre.*
2. *Distinction de diverses causes d'éviction.*
3. *De l'éviction de l'heritage sujet au doüaire par une vente volontaire.*
4. *Si le mari a souffert une prescription, la veuve doit s'adresser au détempteur, & non aux heritiers du mari.*
5. Quid *en cas de vente par le mari.*
6. Quid *en cas d'échange fait par le mari, & si l'echange estant juste, la veuve s'en doit contenter.*
7. *Si l'échange estant fort avantageux, la veuve peut demander l'usufruit de l'heritage reçû en échange.*

Pour la veuve.

8. *Que le mari peut faire la condition de la dot ou du doüaire plus avantageuse, pourvû qu'il ne luy en coûte rien.*
9. *Du rachat d'une rente sujette au doüaire, & du recours de la veuve.*
10. *De l'éviction pour une dette anterieure au doüaire, & si elle ne produit point de recours à la veuve.*
11. *Les obligations anterieures au mariage ne diminuent pas le doüaire, à la difference des rentes constituées.*
12. Quid *s'il est dit, que la femme aura pour son doüaire la joüissance d'une terre depuis évincée.*
13. *Si la reversion fait obstacle au doüaire sans aucune exception.*
14. *Proposition de Loysel.*
15. *Si au cas du retrait conventionnel la veuve a recompense pour son doüaire.*
16. *Si la substitution fait obstacle au doüaire, & quand la veuve a doüaire sur les biens substituez.*
17. *S'il est dû recompense à la veuve, au cas de la licitation, ou du rapport.*
18. *S'il est dû recompense en cas d'éviction par retrait lignager.*
19. *Si la veuve a doüaire sur l'heritage acquis par le mari avant le mariage, & payé durant la communauté.*
20. Quid *si le mari rentre dans un heritage qu'il a vendu pendant sa minorité.*
21. *Ou en vertu d'un remeré, & si la veuve a doüaire sur le revenant bon.*
22. Quid *si le mari rachete une rente fonciere, qu'il devoit sur son propre.*
23. *Si ce qui revient au mari par la renonciation d'un sien frere, est sujet au doüaire.*
24. *Si les biens confisquez sur le pere, & dont le Roy a remis la confiscation aux enfans, sont sujets au doüaire.*
25. *De l'accroissement du doüaire de la bru par le decés de la veuve doüairiere.*
26. *Comment se fait cette augmentation du doüaire de la bru.*
27. *Divers exemples, qui justifient cette augmentation du doüaire de la bru.*
28. *Coutumes qui décident pour cette augmentation du doüaire de la bru.*
29. *Du bâtiment fait par le mari sur le fond sujet au doüaire, & s'il augmente le doüaire.*

Raisons pour la negative.

30. *Que cette matiere est de Droit étroit.*
31. *Que la regle* quod solo inædificatur, &c. *n'a pas lieu où il y a crainte d'avantage indirect.*

Resolution pour l'affirmative.

32. *Que la regle* quod solo inædificatur, *est de la matiere des successions.*
33. *Qu'en Droit le proprietaire n'est point tenu de rebâtir, pour l'usufruitier, la maison qui est tombée de vieillesse.*
34. *Que la Coutume donne à la femme une universalité d'usufruit.*
35. *Si l'on ne tient point compte des bâtimens sur le doüaire entre enfans de divers lits. Renvoy.*
36. *Si lors de l'ouverture du doüaire, les heritiers doivent mettre les heritages en bon état.*
37. Quid *si la ruine vient de la vieillesse des bâtimens.*
38. Quid *si par la negligence du mari.*

Raisons pour la recompense.

Resolution contre la recompense.

39. *Qu'il n'est point dû de recompense* citra dolum & malitiam mariti.
40. *Qu'il seroit injuste de rebâtir pour le seul usufruit.*
41. *Préjugé pour la question dans quelques Coutumes.*

1. De l'éviction des biens du mari, & quel préjudice le doüaire en souffre.

POur ce qui concerne à present la possession du doüaire, il est principalement necessaire d'examiner quel préjudice souffre le doüaire de l'éviction des biens du mari, & de parler du recours que la veuve peut prétendre en ce rencontre contre les heritiers. Et il faut présupposer que l'éviction, qui se fait des biens du mari, arrive en consequence d'une alienation volontaire, comme d'une vente, ou d'un échange, ou en consequence d'une alienation necessaire, dont il y a de quatre sortes.

2. Distinction de diverses causes d'éviction.

La premiere de celles qui arrivent par la nature de la chose, comme d'une rente qui est racheteée.

La seconde sorte est des évictions qui arrivent en execution d'une convention anterieure au mariage, laquelle est expresse, comme au cas du remeré, & d'une clause de reversion, ou d'une substitution, ou d'hypoteques creées avant le mariage.

La troisiéme sorte est des évictions qui arrivent par une convention tacite, comme au cas d'un rapport de partage. Car on n'est présumé avoir reçû en avancement d'hoirie, qu'à la charge du rapport, ou au cas d'une licitation entre coheritiers, ou coproprietaires.

La quatriéme sorte est des évictions qui se font par privilege, comme lorsque le mari est évincé par un retrait lignager, ou feodal.

3. De l'éviction de l'heritage sujet au doüaire par une vente volontaire.

Si le bien sujet au doüaire est évincé par une vente volontaire que le mari a faite, la veuve peut se pourvoir contre le détempteur, & elle n'apprehende point, en ce cas, que ses droits ayent esté prescrits pendant le mariage, ni purgez par aucun decret. Mais on demande si la veuve au lieu de retirer des mains des tiers détempteurs, peut s'adresser aux heritiers de son mari? Surquoy il faut dire avec Maistre Charles du Molin, que si le mari avoit seulement souffert que l'heritage sujet au doüaire eût esté possédez par dix, vingt, ou trente ans, en ce cas, la femme qui auroit une action contre le tiers détempteur, dont l'évenement seroit indubitable, & qui ne pourroit pas même donner lieu au tiers détempteur de demander des dommages & interests contre les heritiers de son mari, seroit tenuë de se contenter de cette action : car inutilement perdroit-elle l'heritage, dont elle pourroit obtenir le desistement pour s'en faire payer le prix par les heritiers de son mari. Les termes de Maistre Charles du Molin sont tels : *Quandiu potest efficaciter, saltem personaliter agi, heredes mariti non tenentur praescripta luere.*

4. Si le mari a souffert une prescription, la veuve doit s'adresser au détempteur, & non aux heritiers du mari.

5. Quid en cas de vente par le mari.

Que si le mari a vendu l'heritage sujet au doüaire coutumier, & c'est nôtre premier cas, il en faut dire autant, sauf le recours de l'acheteur contre les heritiers du mari : parce que c'est l'heritage que la veuve doit revendiquer pour son usufruit, & le succés de son action est certain. Il faudroit neanmoins écouter les heritiers du mari, qui pour éviter l'éviction & la garantie contr'eux, offriroient à la veuve des heritages de pareille bonté & de pareille valeur.

6. Quid en cas d'échange fait par le mari, & si l'échange estant juste la veuve s'en doit contenter.

Que si le mari a échangé l'heritage sujet au doüaire, il peut naistre deux questions differentes; la premiere, de sçavoir, si l'échange estant fait avec égalité, les heritiers du mari peuvent obliger la veuve de se contenter de l'heritage reçû en échange? & il est certain qu'ils luy peuvent obliger, pourvû que les heritages soient de pareille valeur. Car il faut observer que toutes ces questions se jugent *ex aequo & bono* entre la veuve & les heritiers. C'est sur ce fondement qu'il vient d'estre dit, qu'en cas de vente les heritiers pour éviter les dommages & interests, peuvent fournir à la veuve un heritage de pareille valeur, & qu'on l'oblige encore de prendre un bien entier, au lieu de morceller & de partager plusieurs heritages sujets au doüaire.

7. Si l'échange étant fort avantageux, la veuve peut demander l'usufruit de l'heritage reçû en échange.

La seconde est plus difficile, & consiste à sçavoir, si au contraire l'échange estant extrêmement avantageux, la veuve qui renonce d'ailleurs à la communauté, peut demander l'heritage reçû en échange; ou si les heritiers sont recevables à luy offrir la joüissance d'un heritage de pareille valeur, que celuy qui estoit sujet au doüaire, ou l'interest de la juste estimation de cet heritage.

Pour les heritiers.

L'on peut dire, pour soutenir les offres des heritiers, que ce qui excede dans l'heritage reçû en échange, le prix de l'heritage échangé, est un commerce & une acquisition qui regarde la communauté, & non pas le doüaire.

En second lieu, ce qui regarde la communauté, est un conquest, qui ne peut estre sujet au doüaire coutumier. Et il y en a un exemple dans les ameublissemens. Car si un heritage a esté ameubli dans un contrat de mariage, à l'effet d'entrer dans la communauté, déslors il n'est point sujet au doüaire coutumier.

En troisiéme lieu, si cela tournoit au profit de la doüairiere, il seroit aisé à un mari d'augmenter le doüaire de sa femme par des échanges inégaux, dont il tairoit la soulte qu'il auroit payée, ce qui seroit un avantage indirect.

En quatriéme lieu, si l'échange avoit esté desavantageux, la veuve n'auroit pas manqué, ou de demander l'ancien heritage sujet au doüaire, ou le supplément : ainsi l'échange estant si utile, elle ne peut pas profiter de l'excedant à titre de doüaire. *Contrarium postulaturus si minoris distraxisset*, dit la Loy penultiéme, *C. de solution.*

Pour la veuve.

Pour la veuve.
8. Que le mari peut faire la côdition de la dot ou du doüaire plus avantageuse, pourvû

Il faut convenir neanmoins, que la veuve est bien fondée, non seulement par la regle *permutatum sapit naturam permutati* : mais encore parce que c'est une maxime constante, que le mari peut faire la condition de la dot, ou du doüaire, plus avantageuse, pourvû qu'il ne luy en coûte rien, quoiqu'il ne puisse pas la rendre pire. Il n'y a que la dépense du mari qui fasse l'avantage indirect; mais quand le mari ne contribuë que

qu'il ne luy en coûte rien. de son industrie, pour ameliorer le fond dotal, cela ne peut jamais passer pour donation.

La Loy va plus avant, car elle dit, que les ouvrages des esclaves du mari, faits sur le fond dotal, ne sçauroient passer pour une donation:parce qu'il les employe sans bourse délier, & que d'ailleurs, il ne faut pas juger toutes ces choses à la rigueur, entre des personnes qui sont jointes par un lien si étroit; c'est la Loy *Si id donatum ff. de donat. inter. Si quas servi operas viri uxori praestiterint : vel contrà, magis placuit nullam habendam eorum rationem. Et sanè non amarè, nec tanquam inter infestos, jus prohibitæ donationis tractandum est; sed ut inter conjunctos maximo affectu, & solam inopiam timentes.*

On ne manquera pas d'objecter, que lorsque l'on a jugé que la veuve se devoit tenir à l'échange, ç'a esté en faveur des heritiers, & pour leur faire éviter les dommages & interests, que l'éviction pouvoit produire, mais qu'icy cela tourneroit à leur préjudice; parce que l'échange est avantageux, & qu'ils en doivent profiter, & non pas la veuve.

La réponse est en un mot, que dans le cas d'un échange à peu prés égal, on a jugé que la veuve ne pouvoit évincer l'acquereur, ni luy demander l'ancien heritage sujet à son doüaire, sur cette raison particuliere d'équité qui vient d'estre dite: & qu'en cela l'on a moins voulu favoriser les heritiers, que leur faire éviter une perte, dont la veuve ne profiteroit pas; mais que cela n'empêche pas que dans l'autre espece, & lorsque l'échange est avantageux, on ne puisse conserver l'échange à la veuve : d'autant plus qu'elle n'en a que l'usufruit, & que les heritiers en ont la proprieté.

9. Du rachat d'une rente sujette au doüaire, & du recours de la veuve. Il faut à present passer aux évictions qui ont une cause necessaire, & commencer par celles qui se font par la nature de la chose, dont l'exemple est le rachat d'une rente sujette au doüaire : Or pour sçavoir quel est l'effet de cette éviction à l'égard de la femme, il faut distinguer en quel temps se fait le rachat : car il arrive pendant le mariage, ou aprés. Si pendant le mariage, & que le mari ait fait le remploy des deniers du rachat en une autre rente avec declaration, la femme y aura son doüaire, encore que la rente fût constituée à un moindre taux : parce qu'elle ne se peut plaindre, ni du rachat qui est necessaire, ni de la diminution du taux, qui vient de la volonté du Prince.

Que si neanmoins le mari avoit fait remploy d'une rente au denier 16. ou 18. en une Terre au denier 35. ou 40. il seroit juste, en ce cas, d'indemniser la femme, & de luy donner le revenu courant du prix du rachat.

Que si le mari n'a point fait d'employ, en ce cas, la veuve renonçant à la communauté, devroit avoir la joüissance du prix du rachat, ou estre recompensée d'ailleurs, & même en acceptant la communauté : parce qu'il s'agit d'un propre du mari, dont il a le remploy, ainsi l'acceptation de la communauté n'ôte point à la femme sa recompense, quoiqu'en dise la Coutume de Laon article 42.

Enfin, si le rachat est fait aprés la mort du mari, en ce cas, il est constant que la veuve ayant eu un droit de doüaire acquis & ouvert sur la rente, doit avoir la joüissance du prix du rachat. Voilà ce qui concerne l'éviction necessaire, qui se fait par la nature de la chose.

10. De l'éviction pour une dette anterieure au doüaire, & si elle ne produit point de recours à la veuve. Nous avons dit, qu'il y a une seconde espece d'éviction dont la cause est necessaire, & qui procede d'une convention anterieure au doüaire, laquelle convention peut estre expresse, ou tacite.

Le premier exemple de la convention expresse, est lorsque l'on évince l'heritage sujet au doüaire coutumier, pour une dette anterieure au doüaire, ou par une action en revendication : En ce cas il est certain que l'éviction qui se fait sur le mari, retombe sur la veuve doüairiere, sans qu'elle puisse prétendre aucun recours contre les heritiers du mari, principalement si ces dettes sont rentes foncieres, ou constituées. ☞ Que si les rentes anterieures au mariage alterent tellement le fond du douaire prefix, que ce qui reste de biens ne soit pas suffisant pour produire l'interest promis à la femme, en ce cas il lui faut donner l'interest de ce qui reste, & lui faire consommer même la proprieté de ce restant, pour lui remplacer ce qui lui manque de son interest: en sorte que si il luy est dû un doüaire de 1000. livres par an, & qu'il ne reste que 10000. liv. elle doit avoir 500. livres d'interests, la premiere année, & 500. livres sur la proprieté : & ainsi des autres années; mais comme il sera mal aisé de faire produire interest à une somme qui diminuera tous les ans, la veuve la peut demander par devers elle, pour s'en faire interest à elle-même sur l'étantmoins de son doüaire, à la charge de se venger ainsi chaque année sur la proprieté de ce qui luy manquera de son usufruit : en sorte que si elle vit jusques à la consommation du fond, ses heritiers seront quittes envers ceux de son défunt mari; sinon ils leur rendront ce qui restera de ces 10000. livres. Ce parti est plus juste que d'estimer l'usufruit au tiers, suivant l'Ordonnance de Charles VII. de l'an 1441. art. 27. qui dit que l'usufruitier & le proprietaire d'une maison ayant à racheter une rente, y contribueront par tiers, & par les deux tiers. Il est aussi plus d'usage que ce qui est prescrit en la Loy *computatio 68. ff. ad l. falcid.* En effet, dans cette décision la veuve qui a besoin d'usufruit trouve son arrerage de doüaire en son entier, au moins jusques à la consommation du fond, aprés laquelle elle s'impute d'avoir épousé un mari indigent : & d'ailleurs cela ne luy pourra estre refusé dés qu'elle saisira le fond qui reste. Car pour satisfaire aux causes de la saisie, il faudra necessairement en venir à cette ouverture, de la laisser joüir du fond aux conditions qui viennent d'être dites.

Que s'il y a des enfans, elle doit avoir l'usufruit de ce qu'il y a; & la proprieté doit estre reservée aux enfans : la difficulté est pour les arrerages échûs avant la saisie réelle, lesquels même je n'estime pas devoir consommer le fond.]

Il y auroit la même raison de dire, que les obligations anterieures au mariage, diminuent le doüaire; mais outre que l'usage est contraire, la raison de difference est, que les obligations du mari sont dettes de sa communauté. 11. Les obligations anterieures au mariage ne diminuent pas le doüaire, à la difference des rentes constituées.

Il faut encore excepter le cas où il est dit dans le contrat de mariage, que la femme aura le doüaire coutumier sur une telle Terre, qui dans la suite se trouve évincée. Car les heritiers sont obligez de garantir l'éviction à la veuve: aussi c'est doüaire coutumier préfix. 12. *Quid* s'il est dit, que la femme aura pour son doüaire la joüissance d'une Terre depuis évincée.

Le second exemple est dans le cas d'une clause de reversion, & lorsque celuy qui a donné l'heritage au mari par son contrat de mariage, a stipulé la reversion, en cas que le mari décedât sans enfans : car si le donateur est un collateral, ou un étranger, le cas de la reversion arrivant, la veuve ne peut prétendre aucun doüaire sur cet heritage, ni de recours contre les heritiers de son mari, si on ne luy avoit promis doüaire expressément sur cet heritage. 13. Si la reversion fait obstacle au doüaire sãs aucune exception.

Que si le donateur est un ascendant, quelques

modernes disent qu'il est présumé avoir voulu contribuer par sa donation à toutes les clauses qui sont partie du contrat de mariage, & principalement à la dot & au doüaire, qui en sont les principales clauses : & cela jusques à la concurrence de la legitime que le fils auroit pû prétendre en sa succession, & audelà même, & jusques à la concurrence de ce que le pere auroit dû donner, eu égard à sa condition, & à ses facultez, & ils n'en rapportent point d'autre raison, sinon que le pere est censé avoir excepté la dot & le douaire de la reversion, qu'il a stipulée, déslors qu'il a assisté à un contrat de mariage, & qu'il a donné par ce même contrat, pour lequel il a dirigé sa volonté, affectant & assujettissant ainsi sa donation, sinon expressément, au moins tacitement, aux conventions de sa bru : ce qui peut avoir le même fondement que ce qui a esté jugé au sujet des substitutions, suivant l'Authentique *Res quæ C. communia de legat.* & par consequent ne devroit avoir lieu que subsidiairement, & en cas que la veuve n'eust point d'autre doüaire : mais je ne vois point d'ancien Auteur qui ait approuvé cette opinion, sinon à l'égard de la reversion legale, qui n'empêche point d'aliener, selon nostre usage.

14. Proposition de Loysel.

Cecy me rappelle une proposition que fait Loysel en ses Institutions coutumieres, tit. des doüaires, que quand le pere a assisté au mariage de son fils, sans luy rien donner, & qu'ensuite le fils décede avant le pere, la veuve doit avoir tel doüaire sur les biens du pere, qu'elle auroit eu, si le pere estoit décedé avant son mari : mais cette opinion n'est pas approuvée, si ce n'est en Normandie, où il y en a article exprés, qui est le 369. du titre des douaires.

15. Si au cas du retrait conventionnel la veuve a recompense pour son doüaire.

Si l'immeuble, que le mari possedoit avant le mariage, luy avoit esté vendu sous la faculté de remeré, & luy a esté retiré depuis le mariage, il semble qu'il n'est point dû de recompense à la veuve, parce que c'est un droit reservé dans laliénation du fond, qui reduit en deniers l'heritage du mari, comme s'il ne l'avoit jamais acheté ; & la femme n'a eu doüaire sur cet heritage, que sous la même condition du rachat, sous laquelle le mari le possedoit. Il semble par consequent qu'il n'en est dû à la veuve aucune recompense par les heritiers du mari, non plus que d'une rente fonciere sur l'heritage sujet au doüaire. Cependant comme la faveur du doüaire est grande, & que le prix du rachat retourne au mari, j'estime que ses heritiers en doivent recompenser la veuve commune, ou non commune : parce que le prix de l'heritage sort de la communauté, quand elle l'accepte, par le remploy qui en est dû au mary : & je fais difference de cette espece, avec celle d'une dette anterieure au mariage, qui consomme le prix de l'heritage, sans que le mari en reçoive rien.

16. Si la substitution fait obstacle au doüaire, & quand la veuve a douaire sur les biens substituez.

Le dernier exemple est celui de l'éviction, qui arrive par l'effet d'une substitution. Et 1. il est certain que si un pere instituë son fils, & luy substituë ses enfans, la veuve du fils pourra avoir doüaire sur les biens substituez, & au préjudice de la substitution, supposé qu'il n'y ait point d'autres biens : ce qui est fondé en raison & en autoritez. Car dés que le pere a marié son fils, & a appellé à la substitution ses petits-fils, il est présumé avoir voulu pourvoir à la dot, & au douaire de sa femme, & avoir excepté de sa substitution, l'assignat de la dot & du douaire de sa bru : ce que l'on peut induire de la même Authentique *Res quæ*, qui vient d'estre citée, qui dit, *sed si liberis portio legitima non sufficiat ad dotis sive donationis propter nuptias obligationem, permittitur res prædictas in eam causam alienare, vel obligare, pro modo honestati personarum congruo.* Et la Novelle 39. dont cette Authentique a esté tirée, n'a pas esté la premiere disposition qui ait établi ce droit : puisque la Loy *Mulier 22. §. cum proponeretur ff. ad Senat. Trebell.* avoit décidé qu'une fille ayant esté instituée heritiere par son pere, qui luy avoit substitué un étranger, cette fille avoit pû en se mariant constituer dot sur ses biens substituez. D'où l'on a conclu, comme nous allons dire, que l'Authentique doit avoir lieu au cas même que le pere ait substitué un étranger, en consequence de la faveur extrême des mariages & des constitutions dotales. Voyez Monsieur Duranti, question 2.

Secondement, cette décision a lieu, soit que la disposition du pere ait precedé le contrat de mariage du fils, soit qu'il l'ait fait pendant le mariage du fils : parce que dés qu'il substituë les enfans de son fils, il semble pourvoir au mariage, quoique déja contracté, & il rétablit l'assignat qui manquoit à la dot & au douaire de sa bru. Mais il faut prendre garde qu'en l'un ni en l'autre cas, le fils n'ait pas eu sa legitime : car alors la disposition de la Novelle cesse, & il y en a un Arrest du 23. Juillet 1687. à la fin du Traité de la representation de Maistre Jean Marie Ricard.

En troisiéme lieu, l'on a étendu ce Droit jusques aux donations ou institutions faites en ligne collaterale, pourvû que les enfans de l'institué luy soient substituez. Le Vest, Arr. 75. Charondas, liv. 8. de ses Rep. chap. 30. Monsieur Loüet, let. D. n. 21. Boniface, tom. 1. liv. 6. tit. 8. ch. 1. Cependant la Loy *Mulier*, ni la Novelle 39. ne sont que dans le cas de la directe, & avec beaucoup de raison, puisque l'obligation de doter n'est pas égale dans la collaterale & dans la directe. Mais ce qui a donné lieu à cette Jurisdrudence, ç'a esté la volonté évidente du testateur, qui en substituant à l'institué ses enfans, a présupposé necessairement qu'il s'engagera dans le mariage. D'ailleurs, si la Loy *Mulier ff. ad Senat. Trebell.* ni la Novelle 39. ne sont pas dans le cas d'une substitution faite en ligne collaterale, la Novelle 108. a étendu cette disposition jusques à cette espece. Car aprés avoir dit, que le fils chargé de restituer, ce qui luy restera des biens du testateur, ne peut aliener que les trois quarts des biens, & avoir fait une exception pour la dot, & la donation pour cause de nôces, pareille à celle qui est dans la Novelle 39. elle ajoûte dans son épilogue : *Hæc dicimus non in filiis solùm, sed etiam in aliis cognatis, & extraneis agere, in quibus omnino tale fideicommissum relinqui contigerit.* Aussi, outre les Auteurs qui viennent d'estre citez, qui rapportent des préjugez pour cette espece, il y a un Arrest qui a décidé la question en faveur de Dame Claude de Monceaux, dans l'espece d'une substitution faite en ligne collaterale, & qui est rapporté dans le Journal du Palais, part. 6. pag. 107.

En quatriéme lieu, il suit de ce qui vient d'être dit, que si le pere instituë son fils, & en cas de decés sans enfans, luy a substitué un étranger, la veuve du fils aura douaire subsidiairement sur les biens substituez. Que si l'on s'attache aux Arrests, ils sont dans le cas de substitutions précisément faites au profit des enfans, qui font présumer que le pere songeant aux enfans de son fils, a aussi voulu pourvoir à sa veuve. Or les enfans en condition ne sont point regulierement en disposition, comme il resulte de la Loy *Ex facto 17. §. ex facto 5. ff. ad Senatusc. Trebell.* de la Loy *Filius fam. 114. §. cum erit rogatus 13. de legat. primo*, de la Loy *Jubemus ff. 6. ad Senat. Trebell.* de la Loy *Si quis 82. ff. de hered. instit.* & de la Loy 37. *ff. de vulg.* & des Arrests rapportez par Maistre

Julien Brodeau, sur la lettre C. de Monsieur Loüet, nomb. 46. par Monsieur le Prestre, Cent. 1. ch. 70. & dans le Journal des Audiences, tom. 2. liv. 1. chap. 54. à moins qu'il n'y ait un concours de plusieurs circonstances qui le persuadent; comme s'il y avoit plusieurs degrez de substitution, une prohibition d'aliener, des défenses de distraire par les substituez leur quarte falcidie, injonction avec cela de porter le nom & les armes, une grande prédilection & une frequente repetition du mot de *mâles*, & une coutume observée de tout temps dans la famille. Cependant j'estimerois que dans l'espece dont il s'agit, le douaire de la veuve auroit lieu subsidiairement sur les biens substituez: parce que pour fonder cette présomption dont l'on a icy besoin, à l'effet de prendre le douaire au préjudice de la substitution, il suffit que les enfans soient en condition: ce qui ne peut estre, sans que le testateur ait songé à eux, & par consequent ait présupposé le mariage de l'institué: d'ailleurs, la faveur extrême des mariages, demande que l'on décide ainsi la chose.

5. L'on a jugé, que l'Authentique *Res quæ*, avoit lieu au profit même d'une seconde femme. Et c'est le point de l'Arrest de la Mark, du 4. Septembre 1681. Antoine Faber, *in Cod. tit. Communia de legat. defin. 4. n. 3.* en rapporte aussi un du Senat de Chambery, en datte du 22. Mars 1614. Boniface en cite un du Parlement de Provence, tom. 1. liv. 6. tit. 8. chap. 1. Monsieur Loüet en la lettre D. nomb. 21. n'est pas de cet avis.

6. L'on tient que la seconde femme le peut avoir; quoique la premiere l'ait déja eu.

7. On avoit estimé jusques à present au Parlement de Paris, que ce passe-droit n'avoit lieu que dans le premier degré où le pere est tenu de doter, non dans les degrez suivans: ce qui est fondé sur la Loy *Mulier* & la Novelle 39. *In verb. portio legitima*, qui ne se peut appliquer qu'aux enfans du premier degré, les Parlemens de Droit écrit jugeant le contraire; mais l'on incline aujourd'huy à donner le douaire à la veuve du substitué, aussi-bien qu'à celle de l'institué; encore même que la veuve de l'institué & leurs enfans l'ayent déja pris.

8. *Et ultimo*, dans les cas où l'on donne douaire à la veuve en usufruit, on le donne en proprieté aux enfans, si la Coutume le fait passer aux enfans, & qu'ils n'ayent pas esté appellez: ce qui peut extrêmement alterer, & peut même consommer la matiere de la substitution. C'est pourquoy Maistre Jean Marie Ricard, chap. 13. des Substit. sect. 1. nomb. 112. a esté d'avis, que si les enfans sont appellez à la substitution, ils se doivent contenter de la joüissance que le testateur leur a laissée, qui leur doit tenir lieu du douaire en proprieté.

17. S'il est dû recompense à la veuve au cas de la licitation, ou du rapport. Pour passer à present à ce genre d'évinction, qui arrive par une espece de convention tacite, comme celle qui arrive par le moyen d'une licitation, ou par la voye du rapport: car en achetant une portion indivise, l'on se soumet tacitement à la licitation, comme en recevant en avancement d'hoirie, & se portant heritier, l'on se soumet au rapport. J'estime que dans l'un & l'autre cas, il est dû recompense à la veuve par les heritiers du mari, de ce que le rapport ou la licitation soustrait au douaire: si ce n'est que la recompense de la veuve se trouve dans le partage même, où l'on donne au mari des heritages à la place de ceux qu'il a rapportez. En effet, le mari est toûjours recompensé de ces évictions. Car dans le cas de la licitation il a le prix de sa portion, & par consequent son remploy sur la communauté; & dans le cas du rapport de partage, par lequel il ne luy viendroit que des effets mobiliers, il auroit aussi son remploy sur la communauté, supposé qu'il n'y ait point de clause dans le contrat de mariage, qui luy stipule propre ce qui viendra par donation, succession, ou autrement, par lequel remploy il reprend sur la communauté la valeur de son rapport, qui a produit les effets mobiliers qui luy sont tombez en partage, & dont la communauté a esté augmentée: ce qui fait que les heritiers du mari doivent aussi, en ce cas, recompenser la veuve du douaire qu'elle auroit eu sur cet heritage.

Enfin, l'éviction necessaire qui arrive par le privilege d'autruy, comme au cas d'un retrait lignager, ou feodal, produit encore à la veuve la recompense de l'usufruit, qu'elle soustrait au douaire: les heritiers estant obligez de l'en indemniser. Ce sont neanmoins des cas où une veuve peut perdre son douaire sans son fait & sans son consentement: car si l'on suppose qu'un mari possede un heritage avant son mariage, dont il ait bien payé & acquitté le prix, & sur lequel il n'ait lors constitué aucune hypoteque, ce qui semble devoir assurer infailliblement le douaire à sa femme, neanmoins arrivant que vingt-neuf ans aprés l'acquisition du mari, laquelle il n'aura pas fait ensaisiner, il vienne à estre évincé de cet heritage par un retrait lignager, & que dans la suite il en consomme le prix, & meure insolvable, sa veuve se trouvera frustrée de son douaire? 18. S'il est dû recompense en cas d'éviction par retrait lignager.

Si quelqu'un a acquis un heritage avant son mariage, dont il n'ait pas payé le prix, & qu'il vienne à le payer pendant le mariage, il faut dire que regulierement la veuve n'a point de douaire sur cet heritage: parce qu'encore que le droit du mari précedast le mariage, ce qui fait que l'heritage luy peut rester propre; neanmoins comme le prix en est tiré de la communauté, c'est toûjours une espece de conquest. Aussi il n'est propre au mari qu'en remboursant le mi-denier: ce qui fait que le mari en paye le prix tout entier à ses dépens, pour se le rendre propre, sans quoy il demeure dans la communauté. 19. Si la veuve a doüaire sur l'heritage acquis par le mari avant le mariage, & payé durant la communauté.

On peut aller plus loin, & soutenir que quand la veuve renonceroit à la communauté, elle n'auroit pas non plus de douaire sur cet heritage, par la même raison que c'est toûjours une espece de conquest, soit que la communauté demeure toute entiere au mari; soit qu'elle se partage: parce que le prix de cet heritage qui represente la chose, suivant la maxime ordinaire, est tiré de la communauté. Que si neanmoins l'heritage vaut mieux que le prix qui en a esté payé, la veuve renonçant à la communauté y peut prendre son douaire, faisant rente aux heritiers de la moitié du prix: de même la veuve qui accepte la communauté, en suspendant son action de mi-denier pendant la durée de son douaire.

Il faut dire sur le même fondement, & contre l'avis de Godefroy, sur l'art. 379. de la Coutume de Normandie, que si le mari a vendu en minorité & avant son mariage, ou en majorité avec lesion d'outre moitié de juste prix, un heritage où il rentre pendant le mariage, regulierement la veuve n'aura point de douaire sur cet heritage, qui est aussi une espece de conquest: parce que le prix en est tiré de la communauté; & cet heritage ne demeure propre au mari en cas d'acceptation de la communauté par la veuve, qu'à la charge du remboursement du mi-denier: & au contraire, en cas que la veuve ou ses heritiers renoncent à la communauté, il demeure au 20. *Quid* si le mari rentre dans un heritage qu'il a vendu pendant sa minorité.

mari, comme tout autre conquest.

21. Ou en vertu d'un remeré, si la veuve a doüaire sur le revenant bon.

Il en faut dire autant d'un heritage retiré par le mari durant le mariage, en vertu d'un remeré apposé dans la vente : mais en cette espece comme dans les précedentes, si l'heritage vaut beaucoup plus que le prix payé ou rendu, cet excedant seroit sujet au douaire, suivant la maxime ordinaire établie en la Loy *Qui actionem de reg. jur.* qui dit, *qui actionem habet, ipsam rem habere videtur :* car cet excedant qui est un droit anterieur au mariage, est un propre de communauté, & ne tient point du conquest : puisque l'on n'en tire point le prix de la communauté : Ainsi le douaire y doit avoir lieu, & les heritiers du mari ne le peuvent pas contester. C'est pourquoy la veuve acceptant la communauté, pourra jouir de la moitié de l'heritage, à la charge de suspendre aussi son action de mi-denier durant son douaire, & y renonçant, à la charge de faire rente de la moitié du prix aux heritiers du mari.

22. *Quid* si le mari rachete une rente fonciere qu'il devoit sur son propre.

Il faut dire la même chose, en cas que le mari rachete une rente fonciere qu'il devoit sur son propre, pour la question de sçavoir, si la veuve aura son douaire franc & quitte sur cet heritage. Et comme cette rente diminuoit de plein droit, auparavant le rachat, le douaire de la femme, le rachat est un conquest dont elle profite seulement à titre de communauté, par le moyen de la recompense de mi-denier ; mais elle n'en doit pas profiter une seconde fois en prenant son douaire plein & entier sur ce propre, de même qu'il vient d'estre dit, que le mari ayant exercé pendant sa communauté un remeré, ou acquitté le prix d'un heritage qu'il possedoit avant le mariage, la veuve ne peut pas prétendre son douaire sur cet heritage. Ainsi la rente doit toûjours diminuer le douaire, sauf l'action de mi-denier qui appartient à la femme.

Mais d'autre côté, si la veuve accepte la communauté, il suffit de suspendre son action de mi-denier pendant son douaire, & ne la donner qu'à ses heritiers aprés son decés, & par ce moyen on luy doit donner la joüissance de la moitié de cet heritage : & en cas qu'elle renonce, luy donner le même douaire qu'elle auroit eu sans ce rachat : ou luy donner la moitié de cet heritage, à la charge de continuer aux heritiers la moitié de la rente, & ce dernier parti me paroist juste : car la rente peut subsister d'elle-même, & revivre aprés son extinction par forme de recompense. En un mot, si la veuve a son douaire sur un heritage de mille livres, chargé de deux cens livres de rente, aprés le rachat & la mort du mari, en acceptant la communauté, elle a toûjours cinq cens livres, tant à titre de douaire, que de mi-denier ; & en y renonçant, elle est toûjours reduite à quatre cens livres. Et en l'une & en l'autre espece l'on considere le rachat comme un conquest : quoique dans cette même espece, la Coutume de Normandie, art. 396. ait décidé précisément le contraire.

Il reste d'expliquer si l'on doit faire quelque distinction entre les heritiers, & les creanciers : & si la veuve renonçant à la communauté, ne doit pas diminuer son doüaire pour la rente rachetée, aussi-bien quand elle a affaire à des creanciers, que quand elle conteste avec des heritiers : & pour moy j'estime que c'est la même chose.

23. Si ce qui revient au mari par la renonciation d'un sien frere, est sujet au doüaire.

Ce qui revient au mari de la renonciation d'un sien frere à la succession du pere commun, échûë pendant le mariage, est quelquefois un propre sujet au douaire, quelquefois un simple conquest de communauté : car si le frere n'a pas renoncé purement & simplement ; mais en faveur du mari seul entre plusieurs coheritiers, soit que la renonciation soit faite *aliquo dato*, ou *nullo dato :* c'est un conquest : Que s'il n'est pas conquest de communauté en vertu de la clause apposée dans le contrat de mariage, que ce qui viendra & échéra au mari par donation, succession, ou autrement, luy tiendra nature de propre, c'est toûjours un conquest, au respect du doüaire : aussi le frere qui a ainsi renoncé en faveur d'un de ses freres, fait nombre dans la supputation du droit d'aînesse, selon Maistre Charles du Molin, §. 9. gl. 4. n. 7. & fait part dans la legitime des autres enfans, parce qu'il est censé avoir accepté, avant que de ceder & transporter sa part afferante.

Que si le frere a renoncé au profit de tous ses coheritiers, ou purement & simplement, & sans dire au profit de qui, en ce cas, il faut encore distinguer : car si la renonciation est gratuite, c'est-à-dire, que les coheritiers ne luy en ayent donné aucun prix ni aucune recompense, la part du renonçant est reputée faire partie de la succession directe : ce qui a lieu au cas même que le frere eût renoncé pour se tenir à une donation, & par consequent elle augmente le douaire.

Que si la renonciation est faite moyennant une certaine recompense, c'est un conquest non sujet au douaire.

24. Si les biens confisquez sur le pere, & dont le Roy a remis la confiscation aux enfans, sont sujets au douaire.

La veuve du fils auquel le Roy a remis la confiscation des biens de son pere pendant leur mariage, doit avoir son douaire sur les immeubles, comme s'ils estoient échûs à son mari par succession : car elle avoit douaire sur les droits du fils, qui ont prévenu la confiscation, & que le Roy a consideré dans sa remise : & il suffit que ces immeubles viennent du pere au fils pendant son mariage, quoique par le moyen de cette remise : Aussi tels immeubles se trouvant en fiefs, se partagent avec droit d'aînesse, entre les enfans à qui la remise a esté faite, qui n'en doivent point de relief au Seigneur suzerain. Ils sont propres de retrait, si les enfans en disposent, & sont propres de succession & de disposition, ce qui a esté établi au Chapitre des Propres, sect. 1.

25. De l'accroissement du doüaire de la bru par le decés de la veuve doüairiere.

Il a esté dit cy-dessus que la mort du mari fixe le douaire de la femme, au moins selon nos Coutumes ; car il n'en est pas de même en Anjou, suivant l'art. 303. de la Coutume de ce païs. Ensorte que ce qui dans ce moment ne fait point partie du douaire, ne peut l'augmenter dans la suite, selon nostre usage : Que par consequent si aprés la mort du mari son pere vient aussi à deceder, le douaire de la veuve n'en est pas augmenté : quoique quelques-uns ont crû que cette succession pouvoit augmenter le douaire des petits-enfans. Il y a une exception à cette regle, au cas qu'aprés la mort du mari, sa mere qui avoit son douaire sur ses propres, vienne à deceder : car alors il se fait un accroissement d'usufruit au profit de la veuve douairiere.

26. Comment se fait cette augmentation du doüaire de la bru.

Cet accroissement se fait par le moyen de la consolidation de l'usufruit de la mere douairiere, au propre du fils decedé : & cette consolidation vient elle-même d'un droit anterieur, qu'avoit le fils, & qui estoit attaché à son heritage, en vertu duquel l'usufruit devoit estre un jour réuni à la proprieté. Ce droit du fils luy estoit une espece de droit habituel de la pleine proprieté de son heritage, & la mort de sa mere explique & declare ce droit qui estoit en souffrance. A la mort du fils sa veuve avoit douaire sur un heritage, lequel attendoit cette consolidation, & son droit précedoit le cas du decés de la mere, & estoit formé du vivant de son mari ; car

elle

elle devoit avoir douaire sur l'heritage de son mari, auquel l'usufruit, dont joüissoit sa mere, devoit estre réüni par son decés.

17. Divers exemples, qui justifient cette augmentation du douaire de la bru.

Les exemples de droit sont, 1. Que l'on peut disposer de l'esperance d'une moisson future, & leguer l'herbe qui viendra sur sa Terre, *L. quod in rerum 24. de legatis 1.*

2. Rien n'empêche que celuy, lequel a une nuë proprieté, à laquelle l'usufruit, qui est alors entre les mains d'un autre, doit un jour se réünir & consolider, ne cede & transporte à une tierce personne cet usufruit, qui doit estre réüni à sa proprieté : c'est la disposition de la Loy *Si dominus ff. de usufr.*

3. Si quelqu'un ayant la nuë proprieté d'un heritage venoit à l'affecter & hypotequer à son creancier, quoiqu'en Droit l'hypoteque stipulée, si elle ne comprenoit précisément les biens à venir, ou qu'elle ne fût conçûë en termes fort generaux, n'avoit point lieu sur les biens qui survenoient au debiteur ; neanmoins aprés la consolidation de l'usufruit, la pleine proprieté estoit sujette à l'hypoteque. *Si nuda proprietas pignori data sit usufructus, qui postea accreverit, pignori erit*, dit la Loy 18. §. 1. *ff. de pignorat. act.* & la Loy 16. *ff. de pignoribus.*

4. L'alluvion profitoit aussi en ce cas au creancier, & augmentoit son hypoteque, cette Loy 18. ajoûtant, *eadem causa est alluvionis.*

5. Non seulement il est décidé que l'alluvion augmente la dot ; mais que la consolidation de l'usufruit l'augmente aussi, ce qui approche extrêmement de l'espece, & c'est la disposition de la Loy *Si proprietati 4. ff. de jure dotium*, qui dit, *si proprietati nudæ in dotem datæ usufructus accesserit incrementum videtur dotis ; non alia dos. Quemadmodum si quid alluvione accessisset.*

28. Coutumes qui décident pour cette augmentation du douaire de la bru.

Enfin, cette décision se trouve dans quelques Coutumes du Royaume, & entre autres dans celle de Bourbonnois, art. 261. & plus précisément encore dans l'art. 250. de la Coutume de Mondidier, & dans le 308. de celle d'Anjou.

29. Du bâtiment fait par le mari sur le fond sujet au douaire, & s'il augmente le douaire.

Quand le mari a bâti sur le fond sujet au douaire, il faut suivre les regles cy-dessus établies, & donner à la veuve son douaire sur les bâtimens, à la charge que si elle accepte la communauté, elle n'aura l'action de recompense, & de my-denier pour ces bâtimens, qu'aprés que son douaire sera fini, c'est-à-dire, que cette action ne pourra s'exercer que par ses heritiers. Mais il y a difficulté pour sçavoir si en cas qu'elle renonce à la communauté, elle prendra son douaire sur ces bâtimens, sans recompenser elle-même les heritiers de son mari de cet avantage, qui semble indirect sans cette recompense : & la question a tant fait de bruit autrefois, qu'elle merite bien qu'on en parle encore aujourd'huy.

Raisons pour la negative.

Raisons pour la negative.

Et à vray dire, les regles semblent persuader la necessité de la recompense : car l'on n'est point icy en matiere testamentaire, où l'on interprete pleinement les liberalitez d'un testateur, & où le bâtiment fait sur le fond qui a déja esté legué, appartient au legataire, *L. si area 39. de legat. 2.* mais il s'agit de l'execution d'un article de Coutume ou d'un contrat, qui se doit prendre à la lettre, & où l'on ne doit pas ajoûter : Or la Coutume ou le contrat de mariage ne donne à la femme que l'usufruit de la moitié du propre que le mari possedoit avant son mariage, ou qui luy est échû depuis en directe, & non point des bâtimens que le mari fait sur ce propre pendant le mariage.

30. Que cette matiere est de droit étroit.

31. Que la regle *Quod solo inædificatur, &c.* n'a pas lieu où il y a crainte d'avantage indirect.

En second lieu, la regle *quod solo inædificatur, solo cedit*, n'a pas lieu entre mari & femme, au moins elle présuppose la recompense du bâtiment, qui seroit autrement un avantage indirect ; ce qui est expressément décidé en la Loy 31. §. *si vir uxori 2. ff. de donat. inter.*

C'est sur ce fondement qu'il a esté dit cy-dessus, que la femme qui renonce à la communauté, ne profite pas à titre de douaire du rachat que le mari a fait pendant le mariage d'une rente fonciere qu'il devoit sur l'heritage sujet au douaire, qu'elle ne profite pas non plus à titre de douaire, de ce que son mari a payé pendant le mariage le prix de l'acquisition de l'heritage sujet au douaire, si ce n'est qu'il y ait du revevenant bon, auquel cas elle peut joüir de la moitié de l'heritage sujet au douaire, en faisant rente aux heritiers de la moitié du prix.

Resolution pour l'affirmative.

Resolution pour l'affirmative.

Il faut dire cependant, que la veuve qui renonce à la communauté aura son douaire sur le bâtiment, sans donner aucune recompense aux heritiers : parce que les bâtimens sont un accessoire qui suit le fond non-seulement en matiere de dispositions testamentaires, comme il vient d'estre dit ; mais en fait de successions, où l'on voit que le nouveau bâtiment fait le préciput de l'aîné, s'il n'y en avoit point auparavant, & se partage comme fief par plus grande portion, si l'aîné prend un autre préciput.

32. Que la regle *quod solo ædificatur*, est de la matiere des successions.

De même, si le bâtiment est fait sur un propre, l'heritier des propres n'en doit point de recompense à celuy des acquests, non pas même en Coutume, qui défend d'avantager son heritier présomptif, à moins qu'elle ne parle expressément de ce cas.

33. Qu'en Droit le proprietaire n'est point tenu de rebâtir pour l'usufruitier la maison qui est tombée de vieillesse.

Il est aussi décidé en Droit qu'un proprietaire n'est point obligé de rebâtir en faveur de l'usufruitier, la maison qui tombe de vieillesse : mais que s'il l'a rebâtie volontairement, l'usufruitier en profite, & c'est la Loy *Usufructu 7.* au §. 2. *ff. de usufr.* qui dit, *si quæ tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si hæres refecerit, passurum fructuarium uti :* Or cette Loy n'est pas dans le cas d'un testateur qui legue, & qui bâtit ensuite : mais d'un heritier qui ayant la nuë proprieté pendant l'usufruit d'un autre, rebâtit la maison tombée de vieillesse.

Enfin, si un vassal bâtit sur la Terre qui luy a esté infeodée sans bâtiment, le Seigneur qui vient ensuite à en joüir ou par saisie feodale, ou à titre de relief, profite du bâtiment à cause de cette inseparabilité du bâtiment & de la terre.

34. Que la Coutume donne à la femme une universalité d'usufruit.

L'espece même est beaucoup plus avantageuse : parce que la Coutume ne donne pas à la femme pour son douaire un certain heritage ; mais elle luy donne la moitié des propres que le mari avoit avant le mariage, & de ceux qui luy viennent en directe pendant le mariage : ainsi elle luy donne une espece d'universalité de droits, laquelle est beaucoup plus susceptible d'augmentation ou de diminution : de fait, on voit que le douaire peut souffrir quelque diminution, comme il a esté montré cy-dessus.

35. Si l'on ne tient point compte des bâtimens sur le douaire entre enfans de divers lits. Renvoy.

Quelques-uns estiment, qu'il n'en est pas de même à l'égard du douaire des enfans, & que si entre enfans d'un même lit, dont les uns sont heritiers, & les autres douairiers, l'on ne tient point compte de ces impenses sur le fond sujet au douaire, il en est tout au contraire entre enfans de plusieurs lits, supposé principalement que le pere ait fait des impenses sur le fond sujet

Rr

au douaire du premier lit, pendant & constant son second mariage: car ils croyent qu'en ce cas, les enfans du second lit estant heritiers, tiendront compte aux enfans du premier lit, sur leur douaire, des impenses que le pere commun y aura faites pendant & constant le second mariage: ce qui s'examinera en la Section seconde.

36. Si lors de l'ouverture du douaire, les heritiers doivent mettre les heritages en bon état.

L'on peut aussi demander en supposant que lors du decés du mari, les maisons sujettes au douaire de sa veuve, ne soient pas en bon état, qu'il y ait des gros murs abatus, que la couverture en soit ruïnée, qu'enfin elles soient inhabitables, si la veuve se doit contenter de ces maisons en l'état qu'elles sont; ou si les heritiers sont obligez de les reparer? Et il est déja certain que si ces édifices sont tombez de vieillesse, avant ou depuis que l'usufruit a lieu, les heritiers ne sont point tenus de les relever: c'est pourquoy la Loy *Sed cum fructuarius 65.* au §. 1. *ff. de usufr.* dit qu'ils ne sont pas plus obligez de mettre les lieux en bon état pour le legataire de l'usufruit, que pour les legataires de la proprieté. *Non magis heres reficere debet quod vetustate, jam deterius factum reliquisset testator: quam si proprietatem alicui testator legasset.* La Loy *Titius Mevio* 50. du même titre, & la Loy 32. §5. *ff. de usufr. per legat.* y sont aussi précises. Il en est de même si les édifices ont esté brûlez.

37. *Quid* si la ruïne vient de la vieillesse des bâtimens.

38. *Quid* si par la negligence du mari.

Que s'ils étoient tombez par la negligence & par la faute du mari, il y auroit plus de difficulté: car d'un côté si l'on souffre qu'un mari laisse tomber en ruïne la maison sujette au douaire, sans obliger ses heritiers de la reparer, il s'ensuivra que le douaire pourra estre anéanti, & que la femme en pourra estre absolument frustrée: car sur le même fondement un mari laissera prescrire ses rentes, & tomber ses fiefs en commise, & la femme qui perdra son douaire sur toutes ces choses, n'en aura aucune indemnité: ce qui est contre la premiere maxime de cette matiere, qui ne veut pas que durant le mariage un mari puisse préjudicier au douaire de sa femme: si ce n'est par l'effet & la suite d'une action necessaire, & inévitable, comme un retrait lignager ou conventionnel qui s'intentent contre luy. Aussi cette espece est bien differente de celle des Loix qui viennent d'être citées, dans lesquelles le titre de l'usufruit est un legs & une liberalité, au lieu que le douaire est un titre onereux.

Raisons contre la recompense.

Raisons contre la recompense.

D'autre côté l'on peut dire que le douaire, comme les successions se doit prendre en l'état qu'on le trouve. Que si il a souffert quelque diminution par la negligence du mari, c'est une perte qui regarde la communauté, dont elle diminuë les revenus, & de laquelle la mere commune ou non commune, ne doit point avoir de recompense: parce que pendant qu'elle étoit commune *habitu*, elle participoit à la bonne & à la mauvaise fortune, aux fruits du travail de son mari, & aux pertes qui pouvoient arriver par sa negligence, qu'il suffit que le mari n'ait pas préjudicié sciemment au douaire de sa femme, en vendant ou hypotequant l'heritage du douaire, auquel cas elle en auroit dû avoir la revendication ou la recompense: que comme le mari peut augmenter le douaire sans diminuer ses facultez, par exemple, par un échange avantageux; aussi il le peut diminuer, pourvû qu'il ne s'en enrichisse pas. Que même il peut l'augmenter aux dépens de sa communauté: comme lorsqu'il bâtit durant le mariage sur l'heritage sujet au douaire: auquel cas le bâtiment ne s'impute pas à la veuve. Que l'on doit juger ces especes, non pas suivant l'extrême rigueur; mais selon l'équité comme entre des alliez.

Resolution contre la recompense.

Resolution contre la recompense.

J'inclinerois assez pour ce dernier parti, supposé que la ruïne de la maison vienne de la negligence du mari. Car s'il a affecté d'abatre une maison sujette au douaire, pour employer les materiaux à en bâtir une autre, sur un heritage qui n'estoit point sujet au douaire, & qui peut-estre n'entroit pas même en communauté: par exemple, sur un fond qui luy estoit venu par succession collaterale, lequel par consequent n'estoit sujet ni au droit de douaire, ni au droit de communauté, suivant la disposition de la Loy 45. §. 2 *de adquir. vel amitt. hered.* En ce cas j'estime qu'il est dû recompense à la femme. Il en seroit de même si le mari avoit laissé déperir la maison sujette au douaire par mauvaise volonté envers sa femme, de laquelle il y eût des preuves. Mais hors ces deux cas, & supposé qu'il n'y ait que de la negligence, les heritiers du mari ne sont point garants de la perte, ni de la ruïne de la maison sujette au douaire: ce qui a esté déja établi cy-dessus dans le cas d'une prescription que le mari a soufferte, quoique ce cas soit different: parce que la veuve & les enfans ne sont point sujets à la prescription, & peuvent toûjours revindiquer l'heritage: Mais quoy qu'il en soit, ils ne peuvent pas agir contre l'heritier du mari: & ce qui me touche le plus en l'espece, c'est 1. Que le mari a crû necessairement qu'il ne luy estoit pas avantageux de soûtenir sa maison; comme il arrive souvent, & que ç'a même esté vraisemblablement une resolution des deux conjoints. 2. Que si un mari ni ses heritiers ne sont point obligez de reédifier une maison brûlée ni tombée de vieillesse, suivant cette Loy 65. 1. au §. *ff. de usufr.* les heritiers ne sont point non plus tenus de reparer ce que le mari, & peut-estre la femme, n'ont pas crû qu'il fût de leur interest de soûtenir & de reparer: parce qu'en l'un & en l'autre cas, ce seroit reparer & rebâtir pour le seul usufruitier: c'est à dire, pour la veuve douairiere. Or il seroit injuste de rebâtir pour le seul usufruit, le droit du proprietaire estant beaucoup plus considerable que celuy de l'usufruitier.

39. Qu'il n'est point dû recompense *extra dolum & malitiam mariti.*

40. Qu'il seroit injuste de rebâtir pour le seul usufruitier.

Enfin, quelques Coutumes semblent décider la question, lorsqu'elles obligent seulement la veuve douairiere d'entretenir les heritages en l'état qu'elle les trouve, & qu'on luy a laissez: c'est ainsi que s'en expliquent les Coutumes de Meaux, art. 6. de Troyes, art. 86. & de Tours, art. 334.

41. Prejugé pour la question dans quelques Coutumes.

Pour sçavoir à present comment la veuve & les heritiers du mari font entre eux les reparations, il faut suivre les Coutumes. Celle de Paris art. 262. oblige la veuve aux reparations viageres, & dit, que ce sont les reparations d'entretenement hors les quatre gros murs, poutres & entieres couvertures & voutes. Ainsi elle présuppose que les heritiers sont obligez de refaire les quatre gros murs, poutres & entieres couvertures & voutes. Mais celle de Melun semble se mieux expliquer, quand elle dit, que *la veuve est tenuë de bien entretenir les terres & fonds des heritages, comme un bon pere de famille, & d'entretenir les couvertures, huis, planchers, fenêtres, cloisons, cheminées assises contre lesdites cloisons, & autres menuës reparations, & que le proprietaire est tenu d'entretenir les fondemens & gros murs, poutres & autres grosses reparations qui durent*

42. Comment la veuve & les heritiers du mari partagent les reparations & autres charges.

par commun cours plus que la vie de l'homme, & ajoûte, *& sont les cheminées assises contre gros murs reputées pour grosses reparations.*

Suivant cette Coutume les cheminées assises contre des cloisons, sont à la charge de la veuve, & celles qui sont posées contre les gros murs sont à la charge des heritiers du mari : mais la Coutume de Bourbonnois dit indistinctement, art. 252. que les cheminées sont censées gros murs. C'est aussi la disposition de l'article 4. du chap. 24. de celle de Nivernois.

Les poutres sont par tout à la charge des heritiers. Melun, art. 242. Nivernois, chap. 24. art. 4. Paris, art. 262.

43. *Quid* des bois. A l'égard des terres, prez & bois, il n'y a point de distinction à faire : & la veuve doüairiere est seulement tenuë de les entretenir en labeur & valeur, comme dit l'art. 38. de la Coutume de Laon. La Coutume de Normandie art. 360. dit, *sans couper les bois & autres que ceux qui sont en coupes ordinaires.*

44. *Quid* des rentes foncieres. Elle est tenuë de contribuer aux arrerages courans des rentes foncieres, selon le 216. de celle d'Auxerre.

45. *Quid* de l'arriere-ban. Les charges de l'arriere-ban doivent estre aussi acquittées par la veuve douairiere : quoique ces charges soient casuelles, & extraordinaires. Maître Charles du Molin en rend cette raison sur l'art. 39. de la Coutume de Vermandois, qui en a une disposition formelle, qu'elles s'imposent à proportion des revenus du fief.

46. *Quid* des francs-fiefs. Par cette raison elle est aussi tenuë des francs-fiefs.

47. De la garde du Château. Plusieurs Coutumes l'exemptent de contribuer aux gages du Capitaine, & des Gardes du Château : comme celle de Reims, art. 251. Peronne, art. 145.

48. Que la veuve n'est jamais tenuë au delà de l'émolument. En tous les cas dont il vient d'estre parlé, la veuve douairiere ne peut pas estre tenuë des charges andelà de l'émolument de son douaire, auquel elle peut renoncer, quoiqu'elle l'ait une fois accepté, & elle se libere par ce moyen de toutes les charges du douaire : mais je n'estime pas qu'il luy fût permis chaque année de compter des fruits pour regler les charges sur l'émolument de l'année.

49. Si la veuve qui degrade doit estre privée de son doüaire. L'on peut icy proposer une question assez importante, de sçavoir si la veuve qui dégrade des heritages sujets à son doüaire, en doit estre privée? Car l'on peut dire pour l'affirmative que tout usufruitier qui abuse des choses sujettes à son usufruit, en doit estre déclaré déchû. La Loy *Hoc amplius 9. §. ult. ff. de damno infecto*, dit que celuy-là même qui neglige de reparer & entretenir, doit estre privé de son usufruit, la Loy *Imperator 50. ad Senat. Trebell.* le dit à l'égard d'un pere, comme aussi la Loy derniere *§. 2. C. sentent. pass.*

Resolution pour la negative.

Resolution pour la negative. Nonobstant ces textes, j'estime que ni la negligence, ni la mauvaise foy d'une veuve, ne la doivent point faire priver de son doüaire; mais que quand elle commence à en abuser, l'on se doit contenter de prendre des précautions pour l'obliger à rendre les heritages en bon état, & de luy faire donner caution, comme en cas qu'elle se remarie, suivant l'art. 264. de la Coutume de Paris.

En effet, se seroit une extrême rigueur que de priver une veuve de son doüaire pour avoir fait, par exemple, une coupe de bois prématurément, pour avoir changé l'état d'une maison pour sa commodité particuliere, ce qu'elle ne peut pas, *Liv. 13. §. 7. & 8. ff. de usufr.* pour avoir laissé perdre les talents des esclaves, en les appliquant à des offices moins relevez que ceux où ils étoient destinez : ce qu'elle ne peut pas non plus, suivant la Loy 15. §. 1. au même titre, d'autant plus que l'action qui tend à priver quelqu'un de son usufruit, ou de tout autre droit qui luy est acquis, emporte une espece de note, suivant la Loy *Testamento §. 1. ff. de manum. testam.* Enfin, ou cette action s'intenteroit contre une veuve, par ses propres enfans, ou par d'autres heritiers du mari : Or ils doivent tous respecter, en la personne de la veuve, la memoire du défunt. Aussi toutes les Loix qui viennent d'estre citées, sont dans des especes particulieres. La Loy *Hoc amplius 9. §. ult. ff. de damno infecto*, est dans le cas d'un usufruitier, qui ne voulant pas donner caution, *de damno infecto*, à l'occasion d'une nouvelle entreprise de bâtiment, doit estre privé de son usufruit, comme le proprietaire l'est en pareil cas de sa possession : La Loy *Imperator ff. ad Senatusc. Trebell.* est dans le cas d'un fideicommis, & est particuliere pour ce cas : & la Loy derniere *C. de sentent. pass.* est dans le cas d'un pere, qui ayant esté relevé d'une condamnation & ayant repris la tutelle de ses enfans, continuoit de s'abandonner à toute sorte de vices : & la Loy dit simplement, qu'il doit estre privé de son administration. *Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutatur, ut furioso ac dementi, itemque prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo, non est eorum pecunia committenda, quin ab administratione fugiat.*

Il faut estre averti neanmoins, qu'il y a des Coutumes particulieres, où cette privation du doüaire a lieu : par exemple, celle de Nivernois, chap. 24. art. 4. dit. *Et si ladite douairiere vend ou aliene les heritages de son doüaire, abat les bois de haute-fustaye d'iceluy, en cas non permis, & autrement malverse & administre, elle perd son dit doüaire, & sera privée d'iceluy pour les choses déterriorées, & pour le residu, sera tenuë de bailler caution suffisante.* 50. Coutumes particulieres où cette privation s'observe contre la veuve.

La Coutume d'Anjou, art. 311. semble plus rigoureuse; car elle prive la veuve du total de son doüaire, lorsqu'elle en dégrade ou neglige quelque partie; ce qu'elle étend à tous les autres usufruitiers.

Dans les autres Coutumes, si la veuve n'est pas privée de son usufruit, pour n'avoir pas entretenu, & avoir même dégradé l'heritage sujet au doüaire, elle doit en payer au moins les dommages & interests, selon Maistre Charles du Molin, sur l'ancienne Coutume de Paris, §. 1. gl. 1. sur ces mots, *le Seigneur feodal*, nombre 16.

La veuve qui subit une mort civile, par une profession en Religion, ou par un bannissement perpetuel, perd son doüaire sans ressource, & de ce moment il demeure éteint & consolidé à la proprieté : parce que tout usufruit finit, *maximâ & medicâ capitis minutione :* & c'est la disposition de la Loy 16. *C. de usufr.* & de la Loy 1. *ff. Quib. mod. usufr. amitt.* Il est vray qu'on en a fait autrefois une question : quelques-uns ayant pretendu que l'usufruit suivoit en ce cas la confiscation, & appartenoit au Seigneur Haut-Justicier : & il y a même un Arrest du Parlement de Paris, de l'an 1540. qui l'a ainsi jugé; il est rapporté par Papon, liv. 14. tit. 2. Arr. 8. mais Godefroy sur l'art. 145. de la Coutume de Normandie, est d'avis contraire, & tient que la mort civile de l'usufruitier opere la consolation de son usufruit. D'autres estimoient, que l'usufruitier ne perdoit point son usufruit par sa mort civile; par exemple, par sa 51. Que le doüaire est éteint par la mort civile de la douairiere.

profession en Religion, Philip. Rép. 27. Guy Pape, qu. 595. Mais Covarruvias les a relevez de cette erreur, *tom. 1. de testam. cap. 2. n. 14. & 15.* Enfin il y avoit des Docteurs qui distinguoient entre l'usufruit fondé sur la disposition de l'homme, lequel ils disoient ne se point perdre par l'entrée en Religion; & l'usufruit fondé sur la disposition de la Loy, comme celuy du pere, lequel finissoit par la perte de l'état, & la profession en Religion, parce qu'il dérivoit de la puissance paternelle qui s'évanoüit par la profession du pere, & la perte de son état, *Botr. decis. 61. n. 13.* mais ces Auteurs n'ont dit cela que pour le Droit Romain. Parmi nous le bannissement perpetuel & toute autre peine qui produit une mort civile, finit le douaire & toute sorte d'usufruit, qui demeure réüni & consolidé à la proprieté, & quand c'est un institué qui subit la mort civile, il y a ouverture à la substitution, comme il a esté jugé par un Arrest du 17. Fevrier 1582. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 4. chap. 16. & par un autre qui est dans Monsieur Maynard, liv. 5. chap. 81. & l'on peut dire que ces Arrests sont en plus forts termes: car la réünion de l'usufruit à la proprieté est beaucoup plus facile à faire, que l'ouverture de la substitution, d'autant que l'usufruitier *non sibi; sed proprietario possidet*; au lieu que l'institué *sibi possidet*, nonobstant la substitution. C'est pourquoy la disposition de la Loy *Statius Florus §. Cornelio Felici ff. de jure fisci*, qui semble contraire, ne me fait pas changer d'opinion, non plus que l'exception qui se trouve dans la Loy 3. *ff. de his quæ pro non scriptis*, qui dit, *si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet: nam servus pœna est:* car cette Loy parle d'un legs de simples alimens fait à un homme qui est déja mort civilement: Outre qu'il n'est pas vray que nos Coutumes donnent le douaire à la veuve, *loco alimentorum*, mais bien pour soûtenir avec plus d'éclat ou de plenitude le souvenir & l'honneur d'un mariage bien concordant: Or il ne s'agit plus de tout cela aprés une mort civile. Il faut avoüer neanmoins qu'encore que cette opinion soit la plus reguliere, elle ne laisse pas d'être susceptible de quelque temperamment, lorsque la veuve n'a pas d'ailleurs de quoy subsister, & que sa mort civile ne deshonore pas la famille de son mari, arrivant par sa profession en Religion: car il seroit injuste, en ce cas, de la priver d'une legere pension, qu'elle a promis de porter avec elle dans un Convent, & sans laquelle elle n'auroit pas esté reçûë, puisqu'elle borne ses affections naturelles à l'époux qu'elle a perdu, qu'elle s'ensevelit avec luy autant que la Loy luy permet, & qu'elle justifie qu'elle ne vivoit que pour celuy, aprés la perte duquel, elle ne se laisse plus posseder qu'à sa douleur.

Et habet pro conjuge luctum.

Aussi la Cour en pareil cas laissa un douaire de vingt-cinq écus à une veuve professe: elle désaprouva la dureté des parens collateraux, qui le contestoient, & autorisa par cet exemple, ce juste temperamment qui doit estre apporté aux regles qui viennent d'estre établies. L'Arrest qui fut donné le Mardy 23. Janvier 1629. est dans le Journal des Audiences, liv. 2. ch. 23. c'est aussi le sentiment de la Thaumassiere en ses décisions, liv. 2. chap. 49. Que si en ce même cas le douaire estoit considerable, il devroit estre réduit aux termes d'une simple pension, & si la veuve avoit d'ailleurs de quoy payer pension au Convent, il devroit estre jugé éteint par sa profession.

☞ A plus forte raison celle qui est une fois morte civilement ne peut pas acquerir un douaire.]

La veuve douairiere doit empêcher la prescription de l'heritage dont elle a l'usufruit, à peine d'en payer le prix, lorsqu'elle ne pourra restituer l'heritage à cause de la prescription, *L. 1. §. ult. ff. usufr. quemadm. cav.* 52. Du relief pendant le douaire.

Au surplus, si l'heritage sujet au douaire, tombe en rachat, l'on distingue si la mutation est du fait de l'heritier, & si la cause en est volontaire; ou si elle est necessaire. Quand la cause en est volontaire, comme au cas du mariage de l'heritiere dans les Coutumes où il produit relief, la douairiere doit estre indemnisée: Que si la cause en est necessaire comme au cas de mort, le relief se perçoit au préjudice du douaire, sans qu'il soit dû aucune recompense à la veuve. C'est même la disposition des articles 316. & 317. de la Coutume d'Anjou.

Il est aussi indubitable que selon le Droit commun, la veuve qui entre en possession d'un fief à titre de douaire, ne doit aucun relief, & que l'heritier paye celuy qui peut estre dû pour la mutation de proprieté, n'en étant point dû pour le simple usufruit de la veuve. Les Coutumes de Reims, art. 253. de Châlons, art. 55. & 56. & de Laon, art. 41. en disposent ainsi.

Quelquefois la veuve juge à propos de disposer de son douaire coutumier, principalement dans les Coutumes où il n'est que viager: & quand c'est au profit d'un étranger, il semble assez juste de permettre aux heritiers du mari de rembourser l'acheteur, à l'exemple de ce qui a esté permis aux coheritiers de rembourser l'étranger, qui a acheté la part de l'un d'eux, suivant ce qui sera expliqué au chap. des dettes, liv. 4. sect. 3. nomb. 64. Cecy même semble encore plus juste: puisque le douaire n'avoit esté accordé à la veuve que pour soûtenir dans le public l'honneur d'un mariage bien concordant; & non pour en disposer & en dissiper le prix: & que la vente qu'elle en fait, est encore l'objet de l'établissement du douaire: & par consequent les heritiers qui estoient contraints de partager leur joüissance avec elle, comme faisant partie de la famille, ne sont pas obligez d'entrer dans cette communication avec un acheteur étranger, & de le souffrir pour associé dans tous les interests de famille, & dans toutes les discussions, dont dépend la liquidation des propres, & cet acheteur doit recevoir le remboursement qu'ils luy offrent. Il y a même deux de nos Coutumes qui en disposent ainsi, celle de Sedan, art. 216. qui dit, que *si la veuve a vendu son douaire, les proprietaires auront la faculté en remboursant l'acheteur de son principal & de ses loyaux cousts, de rentrer dans l'usufruit dont elle a disposé*; & celle du Duché de Bourgogne, tit. 4. art. 16. J'estime aussi que cette ouverture doit estre suivie au cas qu'il ne paroisse point de discussion à faire pour les propres, ni de dettes à payer sur les biens de la succession: car il en peut toûjours survenir. 53. Retrait du douaire.

☞ On peut demander 29. années d'arrerages d'un douaire préfix ou coutumier, nonobstant l'Arrest du 2. Juin 1636. qui est rapporté dans Bardet, qui réduisit les arrerages du douaire à cinq années; mais ce fut apparemment pour recompenser les heritiers du mari, de ce qu'il jugeoit que le douaire de la veuve qui fait profession en Religion ne finissoit pas par la mort civile: au surplus on peut demander trente années du douaire comme d'une rente constituée par don & legs, ou d'une rente fonciere, suivant l'avis de Theveneau, sur l'article 71. de l'Ordonnance de 1510. 54. Combien on peut demander d'arrerages d'un douaire préfix.

Aussi l'Arrest du 26. Mars 1683, qui est dans le Journal du Palais, tome 9. page 220. a condamné les heritiers à payer vingt années d'arrerages du douaire, échuës depuis 1663.]

DISTINCTION III.

Retour du doüaire aux heritiers du mari.

SOMMAIRE.

1. *Partage des fruits entre les heritiers de la veuve douairiere & ceux du mari.*
2. Quid *à l'égard des fruits civils.*
3. *Si les heritiers du mari qui trouvent des fruits sur pied, doivent les labours & semences.*
4. *Des reparations. Renvoy.*

LEs questions qui se presentent à l'occasion du retour du douaire, concernent le partage des fruits entre les heritiers de la veuve douairiere, & ceux du mari, & les réparations qui restent à faire lors du decés de la veuve.

1. Partage des fruits entre les heritiers de la veuve douairiere & ceux du mari. A l'égard des fruits, il est certain que tous ceux que la veuve a perçûs dans leur saison restent à ses heritiers sans en faire aucune part aux heritiers du mari : parce que c'est une maxime établie en la Loy *Si pendentes 27. ff. de usufruct. & quemad.* que *fructus naturales sola perceptione acquiruntur.* Ensorte que pour sçavoir qui a eu droit de percevoir des fruits naturels, l'on considere uniquement qui estoit le maistre de l'heritage au temps de la perception des fruits.

Ce qui a lieu principalement à l'égard d'une joüissance qui n'est point fixée à un temps certain, comme le relief qui est fixé à une année ; mais dont le temps est indéfini, comme celuy d'une saisie feodale : car tout ce qui vient durant une pareille joüissance appartient au possesseur, y eût-il deux recoltes dans un an : parce qu'une cause indéfinie produit un effet indéfini : au lieu que celuy qui n'a droit que de joüir durant un certain temps, doit partager à proportion de ce temps. C'est pourquoy le Seigneur feodal n'a jamais deux recoltes à titre de relief, si ce n'est qu'elles soient ordinaires dans le lieu.

Il resulte de cela, que si la veuve douairiere meurt aprés l'Aoust & la moisson, tous les fruits naturels qui ont été perçûs appartiennent à ses heritiers. Que si elle decede à la veille de l'Aoust & de la moisson, ils appartiennent aux heritiers du mari.

La qualité du douaire qui est un titre onereux ne change rien à cette décision : car l'on n'a point appliqué dans nostre Droit la disposition de la Loy *Divortio ff. soluto matrim.* ni à la dot, ni au douaire ; mais elle a seulement servi de fondement au partage de l'année Ecclesiastique.

A l'égard des fruits civils, il y a quelque distinction, car les fermages appartiennent à la veuve ou à ses heritiers, si elle vivoit lors de la perception des fruits naturels, pour lesquels ces fermages sont dûs : ce que j'entends au cas même que le temps de payement n'arrive qu'aprés son decés ; parce que le temps de payement n'est reculé qu'en faveur du fermier, & pour luy donner lieu de vendre ses grains : ce qui peut estre appuyé sur la Loy *defuncta 58. ff. de usufructu*, & sur l'art. 510. de la Coutume de Normandie, le 207. de celle d'Orleans, & le 212. de celle de Sedan. 2. Quid à l'égard des fruits civils.

Il n'en est pas de même à l'égard des rentes foncieres ou constituées, ce sont des fruits successifs qui viennent de moment à autre, & dont les payemens ne sont reglez par quartier ou autrement, que pour la commodité du debiteur. Bacquet, chap. 15. nomb. 53. Ainsi ils se partagent à proportion du temps, si ce n'est à l'égard des rentes de l'Hôtel de Ville, qui ne sont duës qu'à Bureau ouvert. Brodeau sur la Coutume de Paris, art. 92. nomb. 5.

L'on peut ici demander si lors du retour du douaire, les heritiers du mari qui trouvent des fruits pendans par les racines, sont obligez de rembourser les frais de labours & semences aux heritiers de la veuve, ce qui est traité liv. 2. chap. des fruits, sect. 4. 3. Si les heritiers du mari qui trouvent des fruits sur pied, doivent les labours & semences.

Les questions concernant les reparations qui peuvent venir à l'occasion du retour du doüaire, se décident par les principes établis en la section précedente. 4. Des reparations. Renvoy.

SECTION II.

Des interests des heritiers du mari, en ce qui concerne le douaire des enfans.

SOMMAIRE.

1. *Quand le douaire des enfans a lieu.*
2. *Si les enfans en sont proprietaires aprés la mort de leur pere, quoique leur mere survive.*
3. *Si un tiers détempteur, qui a acquis du pere & de la mere peut prescrire le douaire pendant la vie de la mere.*
Raisons pour la prescriptibilité.
Raisons pour l'imprescriptibilité.
4. *Que les enfans sont toujours incertains du vivant de leur mere, s'ils seront ses heritiers.*
5. *Qu'ils sont dans l'impuissance d'agir durant la vie de leur mere qui s'est obligée.*
6. *Combien leur proprieté est imparfaite durant la vie de leur mere. Premiere preuve.*
7. *Seconde preuve.*
8. *Troisiéme preuve.*
9. *Que dans l'espece principale il s'y rencontre toutes les conditions de l'imprescriptibilité.*
10. *Autre chose, si la mere n'a point parlé.*
11. *Si l'on peut avoir douaire dans la succession de son pere, & dans celle de son ayeul.*
12. *Les petits-fils peuvent estre heritiers de leur*

1. Quand le douaire des enfás a lieu.

LE douaire des enfans n'est jamais ouvert qu'aprés la mort de leur pere, s'il décede le dernier & que la mere soit decedée avant luy : Que s'il est mort avant la mere, ils ne peuvent demander le douaire qu'aprés la mort de leur mere, qui en a l'usufruit.

2. Si les enfans en sont proprietaires aprés la mort de leur pere, quoique leur mere survive.

La question est de sçavoir, si aprés la mort du pere & durant la survie de la mere, les enfans n'ont pas le douaire acquis en proprieté, quoiqu'ils ne le pussent demander, & en quoy consiste l'effet de cette proprieté? Et il faut répondre qu'ils sont veritables proprietaires, non pas seulement de la maniere qu'ils le sont dés l'instant du mariage, conformément à l'art. 249. de la Coutume de Paris, à l'effet d'empêcher que le pere ni la mere ne puisse le vendre, engager, hypotequer, commettre, ou forfaire par quelque crime que ce soit; mais encore à l'effet d'en pouvoir disposer & de le pouvoir transmettre à toute sorte d'heritiers : parce que rien n'empêche que celuy qui a la nuë proprieté, ne la transmette à ses heritiers, ou n'en dispose entre-vifs, ou par testament pendant la vie de l'usufruitier.

3. Si un tiers détempteur qui a acquis du pere & de la mere, peut prescrire le douaire pendant la vie de la mere.

L'on demande si sur ce fondement un tiers détempteur peut prescrire l'heritage sujet au douaire des enfans pendant la survie de la mere ? Et cette question est double : car elle peut estre proposée dans le cas que la mere ait parlé dans la vente de l'heritage, ou dans le cas qu'elle n'y ait pas parlé.

Dans le premier cas, & si elle a vendu conjointement avec le pere ou depuis son veuvage, c'est une des questions des plus agitées au Palais, dans laquelle l'on dit pour la prescriptibilité.

Raisons pour la prescriptibilité.

Raisons pour la prescriptibilité.

1. Que les enfans estant proprietaires incontinent aprés la mort de leur pere, pouvant aliener & transmettre leur douaire, peuvent aussi le laisser prescrire par un détempteur, & que la prescription qui a couru depuis ce temps, est legitime.

2. Que supposé que les enfans soient majeurs ; rien ne les empêche d'agir contre le tiers dé-

tempteur durant la survie de leur mere pour arrester le cours de sa prescription: parce que n'étant point encore ses heritiers, ils peuvent impunément venir contre son fait, & défendre leurs droits à son préjudice, en soûtenant qu'une simple usufruitiere n'a pas pû préjudicier aux droits des proprietaires, & que quand elle en a disposé, la revendication a lieu. *L. 13. §. 4. ff. de usufr.*

Raisons pour la negative.

Raisons pour l'imprescriptibilité.

On peut dire au contraire, & c'est l'opinion la plus veritable, que les enfans sont recevables, en ce cas, à revendiquer leur douaire aprés le decés de leur mere, nonobstant toute prescription, & que le tiers détempteur n'en a pû acquerir aucune de son vivant, suivant la Loy 8. *C. de usufr. & habitat*, qui dit, ***neque fructuarium ad obtinendum proprietatem rerum quarum usumfructum habet, neque successores ejus, ulla temporis, ex ea causa tenentes, prescriptio munit.***

En effet, des enfans se reposent sur leur mere de la conservation de son douaire, lequel consommant bien souvent les principaux effets de la succession paternelle, ils attendent son decés pour prendre à titre de proprieté ce qu'elle a eu à titre d'usufruit.

4. Que les enfans sont toûjours incertains du vivant de leur mere, s'ils seront ses heritiers.

En second lieu, les enfans sont d'autant moins en état d'agir durant la vie de leur mere, qu'il est incertain s'ils luy survivront, & en cas qu'ils luy survivent, s'ils ne seront point ses heritiers. C'est pourquoy l'on a coutume d'appliquer à ce sujet la Loy *Statius Florus §. Cornelio Felici ff. de jure fisci*, qui dit, ***sed & si nondum dies fideicommissi venisset, quia posset prius ipse mori, vel etiam mater alias res adquirere, repulsus est interim à petitione.***

C'est sur ce fondement que l'on juge que quand la mere est prédecedée, & que les heritages sujets à l'hypoteque du douaire préfix se décretent sur le pere, les enfans quoique majeurs, ne sont point obligez de s'opposer au decret: estant alors incertain s'ils se porteront heritiers de leur pere, ou s'ils accepteront le douaire, & y ayant trop de rigueur & de dureté à les obliger cependant de s'opposer pour leur douaire, les Arrests en sont rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur sous la lettre D. nomb. 20.

5. Qu'ils sont dans l'impuissance d'agir durant la vie de leur mere qui s'est obligée.

En troisiéme lieu, les enfans étant dans l'impuissance d'agir, soit par le respect qu'ils doivent à leur mere, qui les empêche d'intenter une action qui doit estre retorquée contre elle, & la constituer en dommages & interests, *L. 3. C. de in jus voc.* soit dans l'esperance d'estre ses heritiers, il n'est pas juste qu'il coure contre eux aucune prescription: car elle cesse toutes les fois que celuy contre qui l'on veut prescrire, est dans l'impuissance d'agir, selon la Loy 1. *C. de annali exceptione*, & la Loy *Cum notissimi §. illud C. de prescrip. 30. vel 40. ann.* ce qui s'observe parmi nous dans le cas de l'action revocatoire, qu'a le legitimaire contre celuy qui a acquis du donataire, ou de l'action que le donateur, ou ses enfans exercent contre celuy qui a acquis du donataire, en vertu de la Loy *Si unquam C. de revoc. donatio*, ou de celle qu'intentent des enfans contre un détempteur en vertu de la Loy *Fœmina C. de secund. nupt.* & du second chef de l'Edit des secondes nôces. Car en tous ces cas l'on ne compte point le temps de la vie du pere, ni le temps que le donateur n'a point eu d'enfans, ni le temps que le pere ou la mere, qui s'est remarié a vécu: parce que durant ces temps-là l'action revocatoire ne se devoit pas intenter.

6. Combien leur proprieté est imparfaite durant la vie de leur mere. Premiere preuve.

On peut ajoûter que la proprieté du douaire qui appartient aux enfans, est fort imparfaite durant la vie de leur mere, & qu'ils ne sont pas même obligez d'accepter le doüaire lors du decés de leur pere & durant la vie de leur mere, afin de ne pas donner lieu à ceux qui leur délivrent leur douaire dans la suite, soit d'autres enfans qui se portent heritiers, soit des creanciers, de leur demander dans un rapport de douaire, auquel ils sont obligez; (Car on rapporte pour le douaire, comme pour la legitime & pour la succession,) les interests de leurs dons du jour du decés de leur pere, lesquels ils seroient tenus de rapporter de ce jour, s'ils avoient pris qualité de doüairiers dés le temps du decés de leur pere, & en renonçant à sa succession.

7. Seconde preuve.

On verifie encore combien il y a de plenitude dans l'usufruit de la mere, & combien au contraire la proprieté des enfans pendant la survie de leur mere, est imparfaite: en ce que l'option du douaire préfix, ou coutumier, faite par la mere, préjudicie aux enfans proprietaires du douaire, qui ne peuvent pas faire un choix contraire, encore même que l'option leur soit donnée, aussi-bien qu'à la mere par le contrat de mariage; auquel cas l'on présuppose que l'option n'a esté donnée aux enfans, qu'en cas que la mere decedât avant le pere, & qu'ils vinssent au douaire de plein vol aprés le decés de leur pere.

8. Troisiéme preuve.

Comme aussi l'acceptation de la communauté faite par la mere, empêche qu'un propre ameubli ne fasse partie du douaire des enfans qui sont heritiers de la mere, & qui auroient quelquefois plus d'interest d'avoir la moitié de ce propre à titre de douaire, qu'à titre de communauté, comme heritiers de leur mere. Tant il est vray que le droit de la mere qui survit, passe les termes d'un usufruit ordinaire, & que la proprieté des enfans pendant ce temps est fort imparfaite, enfin qu'ils ne peuvent pas intenter toutes les actions qui appartiennent aux veritables proprietaires.

Aussi voit-on que l'article 255. de la Coutume de Paris, marque que le douaire n'a lieu pour les enfans, qu'aprés le decés des pere & mere; ce qui sert à expliquer l'art. 117. de la même Coutume, qui déclare le douaire prescriptible du jour du decés du mari, ce qui ne se doit entendre que du douaire de la veuve.

9. Que dans l'espece principale il s'y rencontre toutes les conditions de l'imprescriptibilité.

En un mot, toutes les conditions de l'imprescriptibilité se verifient icy. 1. Une Loy prohibitive d'aliener. 2. Une impuissance d'agir. 3. Un droit formé qui prévient la vente.

En quatriéme & dernier lieu, les Arrests ont ainsi jugé la question, & il y en a deux rapportez dans le Journal des Audiences, tom. 1. liv. 7. chap. 2. l'un du 16. Janvier 1652. dans le cas d'un douaire coutumier, & d'une prescription de dix ans de la part du détempteur; & l'autre du 7. Aoust 1655. dans le cas d'un douaire préfix & d'une possession de trente-trois ans, qu'avoit le tiers détempteur, la mere estant obligée dans l'une & l'autre de ces deux especes.

10. Autre chose si la mere n'a point parlé

Il faut pourtant avoüer que la Jurisprudence moderne tourne contre les enfans, par la raison que les enfans ont un droit acquis du jour de la mort du pere. On décide de même cette question dans le second cas, & quand la mere ne s'est point obligée, & n'a point vendu; car l'on tient, qu'en ce cas, rien n'empêche les enfans d'agir de son vivant, & qu'ainsi la prescription doit courir contre eux.

11. Si l'on peut avoir

On voit par ce qui vient d'estre dit, que le douaire des enfans du vivant de leur mere, &

Doüaire dans la succession de son pere & dans celle de son ayeul.

aprés le decés de leur pere, consiste en une proprieté qu'ils peuvent transmettre à leurs heritiers & dont ils peuvent disposer. Mais n'ont-ils pas quelquefois ce même droit dans la succession de leur ayeul? Ce qui se peut demander, 1. Au cas que le pere soit mort avant l'ayeul, & il faut dire que les petits-enfans non-seulement auront douaire en la succession de leur pere, mais s'ils le veulent ainsi, en celle de leur ayeul, & cela par representation de leur pere, s'ils ont des oncles qui soient douairiers comme eux, ou heritiers; ou de leur chef, si leur pere estoit fils unique. Et dans le cas qu'ils ont besoin de representation pour venir avec des oncles, leur renonciation à la succession du pere ne leur fait point d'obstacle : car le fils represente son pere, quoiqu'il ne soit pas son heritier : Le droit de representation ne dépendant pas d'une qualité civile d'heritier, ou de possesseurs des biens; mais ayant son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpetuelle de la personne d'un fils à celle du pere, & rend un pere mort en la personne d'un fils qui luy survit : Aussi c'est la doctrine de Bartole sur la Loy *Qui superstitis ff. de adquir. vel amitt. heredit.*

12. Les petits-fils peuvent être heritiers de leur pere qui est prédecedé, & douairiers dans la succession de l'ayeul qui a survécu.

En ce même cas du decés du pere avant l'ayeul, les petits enfans auront encore le choix de se porter heritiers de leur pere, & douairiers dans la succession de leur ayeul; ou douairiers dans la succession de leur pere, & heritiers de leur ayeul.

13. *Quid* si le pere a survêcu l'ayeul; mais est mort sans opter le douaire ou la succession.

2. Si le pere a survécu l'ayeul; mais est mort luy-même peu aprés, sans avoir accepté la succession, ou le douaire dans la succession de l'ayeul, il est déja constant que les petits enfans se portant heritiers de leur pere, auront le choix de la succession de l'ayeul, ou du douaire dans la même succession; mais s'ils se portent douairiers dans la succession du pere, auront-ils ce même choix; pourront-ils feindre que leur pere a esté heritier de leur ayeul, & qu'ainsi la moitié des biens immeubles de l'ayeul entre dans leur douaire en la succession du pere, à la charge des dettes de la succession; ou que leur pere n'a esté que douairier en la succession de leur ayeul, & qu'ils ont le quart de ses immeubles franc & quitte des dettes que l'ayeul a contractées depuis son mariage? Et il faut répondre qu'ils pourront l'un ou l'autre à leur choix. Voyez le livre 1. chapitre 4. de la Succession des Descendans, section 6. nomb. 25.

En effet, le pere qui n'a pas une option de son vivant, la laisse aprés sa mort comme un droit qui fait partie de sa succession : & comme la qualité des actions dépend de l'objet qu'elles poursuivent, *actio ad quid immobile est immobilis : actio ad quid mobile, pro mobili habetur*, les enfans trouvant dans la succession de leur pere ou les immeubles de la succession de leur ayeul, qui appartenoient à leur pere comme heritier; ou la part qu'il avoit dans ces immeubles comme douairier, ils y rencontrent par consequent une action immobiliaire de part ou d'autre, qui fait partie de leur douaire en la succession de leur pere, & l'option même de l'une ou de l'autre action, tirant sa qualité & sa dénomination *à majori & nobiliori parte*, & de ce qu'il y a d'immobilier dans la succession, ou dans le douaire en la succession de l'ayeul, peut passer pour quelque chose d'immobilier, qui fait partie du douaire des petits enfans. C'est ainsi que si le pere avoit vendu son immeuble avec faculté de rachat, qui durât encore lors de son decés, l'enfant douairier trouvant ce droit dans la succession de son pere, qui est une espece d'option qu'a la succession de conserver le prix ou de retirer l'heritage, pourroit l'exercer & conserver tout l'heritage; à moins que les autres enfans, qui se porteroient heritiers, ou les creanciers, ne luy remboursassent la moitié du prix du retrait conventionnel : auquel cas il seroit tenu de se désister à leur profit de la moitié de l'heritage.

14. Si les enfans peuvent contredire l'option, que la mere a faite du douaire préfix ou du coutumier.

Quand la mere ayant l'option du douaire coutumier, ou du préfix, a consommé cette option, les enfans ne peuvent pas faire un choix contraire au sien : parce que le droit de la mere, quoiqu'un simple usufruit, est plus avantageux qu'un usufruit ordinaire : & comme c'est elle qui donne lieu au douaire, c'est elle aussi pour qui il est principalement établi : il s'appelle *le douaire de la mere*, & les enfans disent, en se declarant douairiers, *qu'ils se tiennent au douaire de leur mere*. Ainsi c'est elle qui détermine si le douaire coutumier a lieu, ou le douaire préfix, son option décide si fort, qu'elle n'en peut estre relevée si elle est majeure. La Coutume de Laon article 35. declare qu'il en faut dire de même au cas qu'elle ait opté pendant sa minorité, pourvû qu'elle l'ait fait de l'avis de deux proches parens. ☞ Mais dans le temps qu'on donnoit des douaires aux femmes separées, si une femme ayant fait son option en cet état, venoit à deceder avant son mari, cette option ne préjudicioit pas aux enfans : parce que la separation ne faisoit pas une veritable ouverture de douaire; mais donnoit lieu d'ajuger à la femme une espece de provision de douaire, la seule mort du mari faisant ouverture de douaire; cela est jugé par un Arrest du 23. Mars 1660. rendu en la cinquiéme des Enquestes, au rapport de Monsieur de Nesmond, confirmatif d'une sentence renduë au Châtelet, entre Michel le Normand & le sieur de Marquena, lequel Arrest se trouve dans les Memoires du Palais.]

15. De l'option des enfans majeurs ou mineurs.

Que si la mere est decedée avant le pere, ce choix passe de plein vol aux enfans : s'ils sont mineurs, l'option se doit faire avec avis de parens, conformément à ce qui est plus utile aux mineurs; si majeurs, il ne leur est pas défendu de faire des options opposées, les uns optant le douaire coutumier, les autres le préfix, à la charge qu'ils feront tous part, soit dans le préfix, soit dans le coutumier, ce qui semble plus juste que de décider la chose par le sort, suivant la Loy 3. *C. communia. de legat.*

16. Du choix des heritiers des enfans mineurs.

Enfin, si ces enfans mêmes decedent sans avoir opté, les heritiers le feront pour eux, & s'ils ne s'accordent pas, les mobiliers demandant le douaire préfix, ceux des propres, le douaire coutumier, en ce cas l'on examinera ce qui étoit plus utile aux enfans, & le douaire le plus avantageux pour eux, sera celuy qu'ils seront censez avoir laissé dans leur succession.

17. *Quid* si l'un & l'autre douaire estoient également avantageux.

Que si l'un & l'autre douaire leur estoit également avantageux, en ce cas, les heritiers doivent partager par moitié; si ce n'est, disent quelques-uns, qu'il n'y eût aucuns meubles dans la succession du pere, auquel cas l'on devroit juger que le douaire coutumier auroit eu lieu.

18. *Quid* s'il n'y avoit aucuns immeubles dans la succession.

En effet, l'on voit quelque chose d'approchant en fait de donations : car l'on juge qu'une donation de meubles a besoin d'insinuation, quand elle se prend necessairement sur des immeubles, & qu'une donation d'une somme mobiliaire faite à Paris au profit d'un heritier présomptif, laquelle dans l'évenement ne se peut executer que sur des heritages situez en des Coutumes où l'on ne peut rien donner à son heritier présomptif, est nulle, comme si le donateur avoit donné ces mêmes heritages. L'on peut aussi rapporter à cela ce qui se juge qu'un pere ayant promis

promis à sa fille en mariage une somme d'argent, & le frere de la fille luy donnant aprés la mort du pere en payement de cette somme un heritage de la succession, cet heritage est censé luy avoir esté donné par le pere, & il n'en est point dû de droits : car en tous ces cas l'execution détermine l'action.

19. Que le doüaire n'est pas toûjours égal pour la mere & pour les enfans.

L'on peut encore demander si le doüaire est toûjours égal pour la mere, & pour les enfans, & si les enfans n'ont jamais en proprieté que ce que la mere a eu en usufruit? Sur quoy je réponds que cela est de regle, mais il y a des cas où cette regle souffre exception.

20. Premier exemple dans le cas d'un ameublissement.

Le premier est, que si le pere a ameubli un de ses propres dans son contrat de mariage, il l'a donné à la communauté, & l'a soustrait au doüaire de sa femme, qui ne peut pas avoir deux titre lucratifs sur une même chose, *L. Mævius 68. §. duobus de legat. 2.* le contrat de mariage & la destination des Parties y resistent absolument : cependant si les enfans renonçoient à la succession de pere & de mere, rien n'empêcheroit qu'ils n'eussent leur doüaire sur ce propre, dont l'ameublissement n'estoit fait que pour la communauté, & ne devoit avoir lieu qu'entre les contractans.

21. Objection contre ce premier exemple.

L'on dira peut-estre que les clauses qui concernent la communauté sont aussi-bien pour les enfans que pour la femme, qu'ainsi les enfans, qui renoncent aux successions de pere & de mere, laissent la moitié de ce propre ameubli dans chacune des deux successions, dans lesquelles il leur estoit permis de se porter heritiers, & par consequent de profiter de cet ameublissement, & qu'ils n'y doivent pas revenir à titre de doüaire : de même que si leur mere avoit renoncé à la communauté, elle n'auroit pas esté redevable à demander son doüaire sur ce propre.

A quoy je réponds que la communauté est établie pour la mere, & non pour les enfans, qui n'y ont jamais de part de leur chef, mais seulement en qualité d'heritiers de leur pere ou de leur mere : ainsi quand ils renoncent à l'une & à l'autre succession, les stipulations qui sont faites pour la communauté, & les ameublissemens, ne les regardent point. Il est bien vray que ce qui doit entrer dans le doüaire coutumier de la femme, en peut estre retranché par un ameublissement ; mais à l'égard des enfans il n'y a regulierement que le doüaire préfix, qui puisse leur faire ôter ou retrancher le coutumier, c'est à dire, qu'il faut une stipulation précise faite sur le doüaire, mais sur tout un simple ameublissement ne suffit pas, parce qu'il se resout, dés que le cas de la fiction cesse. Car je demeure d'accord qu'une donation d'un propre faite par le mari à la femme dans leur contrat de mariage, diminuë le doüaire des enfans, parce qu'elle est réelle & perpetuelle, & n'est point limitée au cas d'aucune fiction, mais l'ameublissement est une simple fiction qui n'a lieu que pour la communauté, laquelle accroît icy à la succession vacante du mari, à laquelle succession par consequent le propre ameubli retourne, la fiction s'evanoüissant de ce moment.

Il faut dire le contraire, lorsque les enfans sont heritiers de leur mere, parce qu'il ne tient qu'à eux de pouvoir, en acceptant la communauté, profiter de l'ameublissement : à plus forte raison si leur mere a survécu, & l'a acceptée.

22. Second exemple en matiere d'Offices.

Le second cas où l'on peut prétendre que le doüaire des enfans contient quelque chose de plus que celuy de la mere, & lorsqu'il y a un Office venal & non domanial dans la succession, c'est à dire, Office de judicature, ou de finance. Car la veuve n'a doüaire sur pareils Offices, que subsidiairement, & au défaut d'autres biens : Cependant quelques-uns prétendent que le doüaire des enfans s'étend de plein droit sur pareils Offices, que les enfans peuvent exercer ; au lieu que la mere en est toûjours incapable.

23. Troisiéme espece en cas de bâtimens sur le propre depuis le decés de la mere.

Le troisiéme cas, lorsque le pere a bâti sur son propre depuis le decés de sa femme : car ce bâtiment suit le fond, & fait partie du doüaire des enfans, quoiqu'il n'ait pas fait partie du doüaire de sa femme. Que si neanmoins le mari avoit bâti du vivant de sa femme, & qu'elle eût survêcu, elle auroit joüi du bâtiment à titre de doüaire, sans donner aucune recompense aux heritiers, il faut encore observer à l'égard des enfans, que si les augmentations ont esté faites durant un second mariage, elles suivent bien le fond sujet au doüaire des enfans du premier mariage, mais ils en doivent recompense à ceux du second, ce qui sera expliqué dans la suite.

24. Quatriéme espece, quand il n'y a point d'autres biens sujets au doüaire, & qu'il en survient depuis le decés de la femme.

Le quatriéme est, qu'encore que la femme n'ait point de doüaire, & se doive contenter du droit de communauté, si le mari ne possedoit aucuns biens immeubles lors de son mariage, & si elle n'en a point stipulé de préfix, neanmoins si depuis la mort de la femme & pendant la survie du mari, il luy vient des heritages en ligne directe, quelques-uns prétendent qu'en ce cas les enfans auront doüaire sur ces mêmes biens, ce qui paroît assez équitable.

Nous avons aussi quelque Coutume dans le Royaume qui pourvoit, en ce cas, à la femme même, comme la Coutume d'Anjou, qui dit en l'article 303. qu'en cas de prédecés du mari, sa veuve a doüaire sur les biens du pere, ou de la mere, de l'ayeul, ou de l'ayeule, qui ont consenti à son mariage, c'est à dire, le tiers, par usufruit de la portion que son mari auroit eüe, s'il avoit survêcu à ses parens. Cette Coutume va plus loin, car elle donne une provision à la veuve du vivant même des parens de son mari, qui va à la moitié de ce tiers. Mais comme ces dispositions n'ont point lieu parmi nous, quelques-uns ont prétendu que l'on pouvoit au moins accorder ce doüaire aux enfans du mariage, ce qui ne pourroit avoir lieu, qu'au défaut de tout autre doüaire, & n'a même esté autorisé jusques à present d'aucun Arrest.

25. Cinquiéme cas, lorsque la femme est privée de son doüaire pour adultere.

Le cinquiéme cas est, lorsque la femme est privée de son doüaire pour adultere, car elle ne l'ôte pas à ses enfans. Chass. rub. 4. §. 6. glos. & *stra tenue*. Et le voile du mariage, qui couvre l'état des enfans d'une femme adultere, leur conserve aussi le doüaire sur les biens du mari.

26. Si la Coutume du lieu où le contrat est passé, regle si le doüaire est préfix ou viager.

☞ Le sixiéme cas est, que souvent les Coutumes n'établissent qu'un doüaire viager, & non propre aux enfans. Mais il y a de la difficulté lorsqu'il se trouve que le contrat de mariage, ou la celebration seulement, s'est faite en une Coutume où le doüaire est propre, & qu'il n'a point esté stipulé de doüaire, ou qu'il en a esté stipulé un préfix, sans qu'il ait esté parlé des enfans : car en ces deux cas, on prétend que le doüaire doit estre propre aux enfans dans toutes les Coutumes où il se trouve des biens sujets au doüaire, & l'on donne cet effet à la Coutume sous laquelle le mariage est fait, ou le contrat est passé.

Pour moy j'estime qu'il faut distinguer entre ces deux cas, qui sont beaucoup differens au sujet de la question. Car quand il n'a poit esté stipulé de doüaire, en ce cas le seul doüaire coutumier pouvant avoir lieu, il doit entierement dépendre des Coutumes sous lesquelles les herita-

ges se trouvent situez, mais quand il a esté stipulé un douaire préfix, en ce cas, il n'y a pas d'inconvenient de dire avec les Docteurs, sur la Loy *Si fundus ff. de evictiion.* que *locus contractus regit in contractibus*, & avec Decius & Godefroy, sur la Loy 34. *ff. de diverf. reg. jur. Quivis in dubio, pro modo regionis agere & contrahere præsumitur.*

Pour établir cette distinction, il faut présupposer que le Statut du douaire est réel : ce qui ne peut pas faire de difficulté : car il ne regle point l'état entier de la personne, & il concerne principalement les biens : ensorte que suivant les principes de Monsieur d'Argentré sur l'art. 218. de la Coutume de Bretagne, gl. 6. n. 16. que nous avons déja rapportez en ce même livre chap. 4. des Reserves coutumieres nomb. 53. il doit est jugé pur réel, aussi les Arrests le décident rel, jusque-là que si une femme est mariée à Paris, où on luy ait constitué un douaire préfix, & que son mari ait des heritages à Melun, où la femme qui a un douaire préfix, ne laisse pas d'avoir le choix du douaire coutumier, elle peut demander moitié du préfix à Paris, & moitié du coutumier à Melun : Il y en a un Arrest du 12. Juin 1674. dans Brodeau sous la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 64. à la fin, où il ajoûte : *Et n'en faut point une raison plus pertinente que la réalité des Coutumes qui tiennent les heritages assis en leur ressort.*

La réalité des Coutumes au sujet du douaire coutumier, fait encore qu'un homme laissant des biens en une Coutume où l'on peut avoir don & douaire, comme à Paris, & d'autres biens en d'autres Coutumes, où ce concours n'est pas permis, comme en Anjou, en Touraine, ou au Maine, sa veuve prenant don dans les biens de Paris, pourra encore prendre douaire dans les biens de Touraine, du Maine & d'Anjou : Il y en a un Arrest du 3. Decembre 1587. rapporté par le même Auteur, sous la lettre H. nomb. 16. Arr. 5.

Enfin, de demander si le doüaire coutumier est réel, & dépend des Coutumes sous lesquelles les biens du mari se trouvent situez, c'est demander, si un douaire coutumier est un douaire coutumier : car dés que le douaire est coutumier, il doit dépendre des Coutumes des lieux où les biens sont situez, il n'en est pas de même à l'égard du douaire préfix, au moins les Arrests ont établi cette difference, que pour sçavoir s'il est propre aux enfans, ou s'il n'est que viager à la femme, il ne faut point considerer les Coutumes & la situation des biens, mais celle sous laquelle le contrat de mariage a esté passé : ensorte que quand on a stipulé un douaire préfix dans un contrat de mariage fait à Paris, il est jugé propre en Anjou, au Maine & en Bretagne. La raison qu'on a eüe a esté, qu'une famille qui stipule un douaire préfix dans un contrat de mariage fait à Paris, s'attend naturellement que ce douaire sera propre aux enfans, en quelque endroit qu'il s'execute, comme il l'est à Paris, & cette pensée est juste : car la Coutume des biens sur lesquelles on doit executer la clause, & où elle a son hypoteque, ne doit pas diriger la substance de la clause ; au lieu que quand la famille ne stipule point du tout de douaire, elle s'attend qu'il aura lieu suivant les Coutumes des lieux, ausquelles elle se rapporte de toutes les qualitez du douaire.

La seconde raison est, que le douaire préfix n'est qu'une obligation personnelle accompagnée d'hypoteque ; au lieu que le coutumier est une possession, c'est à dire, ou un usufruit, ou une proprieté. Ainsi il ne s'agit dans le préfix que de l'interpretation de la volonté, qui est censée conforme à la Coutume du contrat ; au lieu que dans le coutumier, qui est ou un usufruit ou une proprieté, & est toujours un droit *in re*, il faut suivre le sens litteral des Coutumes de la situation des biens, chaque Coutume faisant un douaire different. C'est pourquoy, comme pour sçavoir qui succede & comment on succede à un heritage, on ne considere pas la Coutume où la succession est ouverte, mais bien la Coutume de la situation de l'heritage, aussi des enfans dont les pere & mere ont esté mariez en Anjou & au Maine, & qui n'ont point de douaire dans ces Coutumes, parce que le douaire n'y est que viager, ne laissent pas d'avoir douaire coutumier sur les biens de Paris, & de Normandie, où il est propre.

Cette difference qui vient d'estre observée entre les deux douaires, dont l'un qui est le coutumier, est *jus in re* ; & l'autre qui est le préfix est *jus ad rem*, & une simple obligation hypotequaire, se suit avec tant d'exactitude dans les decrets, que quand on decrete pendant le mariage du bien sujet au douaire coutumier, la femme devenuë veuve appelle du decret, & le fait casser, comme fait *super non domino*, & parce qu'elle n'a pû agir durant le mariage ; au lieu que quand elle n'a qu'un douaire préfix, elle n'a pas lieu d'appeller de ce chef, ni de dire que le decret a esté fait *super non domino*, à l'effet de le faire infirmer, mais il luy reste seulement une hypoteque sur ce bien decreté : ce qui est bien different, & cette difference sert à imprimer nostre distinction que le douaire coutumier est *jus in re* : au lieu que le douaire préfix n'est qu'une simple hypoteque sur la chose, & que par consequent le premier estant un droit réel, & un droit en la chose, doit dépendre de la situation de la chose & des Coutumes où les biens sont situez : au lieu que le dernier n'estant qu'un droit à la chose, ou une hypoteque sur la chose, dépend des Coutumes où l'obligation, c'est à dire le contrat de mariage, a esté fait.

Enfin, s'il y a eu jusques à present quelques Arrests, qui en consequence de la Coutume sous laquelle le mariage a esté contracté, ayent jugé le douaire propre aux enfans, même à l'égard des biens situez en des Coutumes où il n'est que viager, comme au Maine, en Anjou & en Bretagne, ce n'a esté que quand il s'est agi d'un douaire préfix, & non point quand il a esté question d'un douaire coutumier. C'est l'espece de l'Arrest de Crequi du 10. Janvier 1672. rapporté dans la septiéme partie du Journal du Palais, page 408. & celle de l'Arrest de la Mark.

Lorsque j'ay voulu examiner les raisons que quelques-uns se sont faites pour étendre cette Jurisprudence des douaires préfix, qui peut même passer pour assez récente, aux douaires coutumiers, & cela contre la définition même & la propre signification du mot de douaire coutumier, j'ay trouvé qu'on s'estoit fondé principalement sur l'exemple de la communauté, qui dépend du lieu du domicile du mari, & s'étend sur tous les biens qui y sont naturellement sujets, en quelque Coutume qu'ils se trouvent situez, mais ce fondement n'est pas bon : car il y a une difference essentielle entre la communauté & le douaire, le Statut qui établit la communauté, estant censé personnel, & celui qui établit le douaire estant pur réel. En effet, le droit de communauté affecte beaucoup plus l'état des personnes, que non pas les biens. C'est ce que dit Maistre Char-

tes du Molin en son Conseil 53. n. 8. en ces termes: ***Non est directo super bonis, sed est primario & directo super actu & dispositione personarum contrahentium matrimonium***; au lieu que le douaire n'affecte point l'état des personnes, & ne regarde que les biens, il tient lieu aux enfans de succession, & le droit des successions est constamment réel.

La seconde difference qu'il y a entre la communauté & le douaire est, qu'on a esté contraint de décider que le droit de communauté estoit un droit personnel, & qu'un mari estant domicilié, & ayant pris femme à Paris, où la communauté a lieu de plein droit & sans stipulation, la femme devoit avoir communauté, en quelque lieu qu'il fit des conquests, parce que si on avoit jugé autrement, il se seroit trouvé qu'un mari établi à Paris auroit aisement frustré sa femme de tout droit de communauté, en faisant ses conquests à Lion, où la communauté n'a point lieu: Or il n'y a point de raison semblable qui puisse obliger de declarer le douaire personnel, parce qu'il est composé des immeubles que le mari possede avant le mariage, & de ceux qui luy viennent en ligne directe durant le mariage, & qu'ainsi il ne dépend point du tout de sa destination, & le mari n'a point la faculté de l'augmenter, ou de le diminuer à sa volonté.

Ces differences justifient que le Conseil 53. de Maistre Charles du Molin, qu'il fit pour Monsieur de Gannei, depuis Chancelier, au sujet d'un droit de communauté & de don mutuel, n'a point d'application à la question proposée, où il s'agit d'un douaire coutumier, & non point d'un droit de communauté, parce qu'on n'a besoin, pour décider qu'un douaire coutumier est réel, que de dire seulement que c'est un douaire coutumier. Il faut donc conclure que la nouvelle Jurisprudence, dont nous venons de parler, doit estre fixée aux douaires préfix, & ne doit jamais estre appliquée aux douaires coutumiers.

Quand on execute le douaire préfix stipulé à Paris, ou en autre Coutume où il est propre, sur les biens situez en des Coutumes où il est viager, si ces Coutumes ont des reserves legales des propres, ou autres biens, le douaire y sera sujet, mais il y a difficulté à sçavoir si à défaut d'heritiers ces reserves se pourront demander ou opposer par de simples creanciers, ou par un simple Curateur à succession vacante.

Cependant dans le cas contraire, & si le contrat de mariage est passé en une Coutume où le douaire est viager, & que le mari ait des biens situez en des Coutumes où il est propre aux enfans, le douaire préfix sera propre aux enfans à proportion de ce qu'il se prendra sur les biens situez dans ces dernieres Coutumes, la faveur des enfans empêchant en ce cas qu'on ne suive la Coutume du lieu où le contrat a esté fait, & l'emportant sur la maxime qui vient d'estre établie.

J'ay vû proposer une autre espece où le douaire des enfans estoit plus fort par stipulation, le mari ayant dit que sa femme auroit 600. livres de douaire, en cas qu'il n'y eût point d'enfans du mariage, & 400 livres, au cas qu'il y en eût, & que neanmoins le douaire des enfans seroit de 12000. livres, ce qui donna lieu de demander si pendant la survie de la mere, les enfans joüiroient de 200. livres audelà de ses 400. livres, sa raison estant que le pere avoit une fois destiné le fond de 600. livres pour le douaire des enfans, & que la mere ne joüissant que de 400. livres, les enfans devoient avoir les 200. livres restans préferablement aux creanciers.

On disoit au contraire, que la mere & les enfans ne joüissoient jamais conjointement du douaire, & que quoique les enfans eussent un droit acquis lors du decés du pere, leur joüissance estoit toûjours differée jusques aprés la mort de la mere, aussi la Coutume ne leur donne que le douaire de la mere, c'est à dire, une joüissance subordonnée à la joüissance de la mere. Ainsi les 200. livres par an durant la survie de la mere, ne sont point du douaire, & appartiennent aux creanciers, par la propre destination des contractans & l'esprit de la clause qui constituë le douaire. En effet, la femme n'aura pas 600. livres, puisqu'elle est bornée à 400. livres, en cas d'enfans, & les enfans n'auront pas ces 200. livres, puisque la Loy ne declare leur droit exigible qu'à la mort de la mere: ce qui fait une raison de difference entre cette espece, & celle de la Loy 4. *ff. si usufr. petat.*]

Il est d'usage, que les dettes que le mari avoit contractées lors de son mariage, diminuent le douaire coutumier tant de la femme, que des enfans. La raison que l'on en rend ordinairement est, que la femme & les enfans ont leur douaire par quotité sur une universalité de biens: par exemple, ils ont à Paris la moitié des immeubles, que le mari possedoit avant son mariage, & de ceux qui luy sont échûs depuis le mariage par succession en ligne directe. 27. Si les dettes contractées par le mari avant le mariage, diminuent le douaire.

Et premierement, cela est indubitable à l'égard des charges & rentes foncieres & réelles, qui suivent le fond, & sont toûjours dûës par le détempteur, contre lequel a esté établie l'action mixte, à cause qu'il est personnellement obligé par sa possession, & qu'il ne l'est neanmoins qu'à cause de sa possession: ensorte que les douairiers non seulement sont obligez envers les creanciers d'acquitter ces sortes de rentes, mais même envers les heritiers du mari, bien loin d'avoir aucun recours contr'eux de ce chef. 28. *Quid* à l'égard des rentes foncieres.

Secondement, une rente constituée diminuë aussi le doüaire, Blois article 189. Boulenois article 100. parce qu'elle tient de la réalité, entant que celuy qui la constituë vend son fond à proportion de la rente. Ainsi les douairiers n'ont point non plus aucun recours à cet égard contre les heritiers du mari, & ce n'est point le cas où l'on dit, que ***debitum personale fundum non sequitur, sed heredem***, à cause de la maniere dont nos rentes constituées affectent le fond, qui fait même qu'on les conçoit ordinairement en forme de vente. 29. *Quid* à l'égard des constituées.

En troisiéme lieu, il y a plus de difficulté à l'égard des simples obligations: car quoiqu'elles emportent hypoteque: neanmoins il y a deux raisons assez pressantes pour dire qu'elles ne diminuent point le douaire. 30. *Quid* à l'égard des simples obligations.

La premiere est, que la dette personnelle y prévaut absolument, & que l'hypoteque n'est que l'accessoire: ensorte que ces dettes semblent devoir estre à la charge de l'heritier, contre lequel les douairiers doivent avoir leur recours, en cas qu'ils soient obligez de payer par l'action hypotequaire. Car d'opposer icy la raison qui vient d'estre alleguée, que le douaire se donnant par quotité sur une universalité de biens, les douairieres tiennent lieu d'heritiers, & sont obligez de contribuer aux dettes, même personnelles, comme des donataires, ou legataires universels, c'est tomber dans une autre difficulté de sçavoir, si la moitié ou autre quotité non pas des immeubles en general, mais des immeubles possedez avant le mariage, & de ceux échûs pendant le mariage 31. Examen de cette proposition, que le douaire est une quotité.

par succession en ligne directe, fait veritablement une universalité de biens, qui engage au payement des dettes. Et pour moy j'estime qu'il n'y a parmi nous que ces titres qui doivent passer pour universels, les meubles, les acquests ou conquests, & les propres, & que dés lors que l'on distingue entre les immeubles possedez en un temps, ou en un autre temps l'on fait une disposition particuliere, qui n'est point un titre qui oblige aux dettes personnelles. C'est ainsi que la Coutume donnant à l'aîné la moitié ou les deux tiers dans les fiefs, ne fait point une disposition universelle qui l'oblige de payer les dettes audelà de sa part afferante. De même, si quelqu'un legue tous ses meubles meublans, il fait aussi un legs particulier. Enfin la Coutume de Chartres, qui donne aux enfans du premier lit les propres tenus en fief, & aux enfans du second les conquests aussi tenus en fief, & les Coutumes de lits brisez & lits à part, qui donnent tous les conquests du premier mariage aux enfans du premier lit, & tous les conquests du second lit aux enfans du second mariage, ne font point non plus de dispositions universelles. Un douairier ne doit donc estre consideré que comme un acheteur, son titre est particulier, & il est vray de dire, à son égard, ce qui est dit en la Loy *Cogi 16. §. inde quaritur 3. ff. ad Senat. Trebell. neque enim recepit fundus æris alieni vel legati minutionem.*

32. Que les simples obligations regardent la communauté. La seconde raison est, que les simples obligations entrent en communauté, & sont à la charge de la communauté, à la difference des rentes constituées, ainsi elles ne doivent point charger le douaire, au contraire elles doivent estre acquittées par les heritiers, qui peuvent profiter de la communauté. C'est proprement de ces sortes de dettes, qu'il est vray de dire, que l'hypoteque n'y est qu'accessoire, & qu'ainsi la dette & l'obligation personnelle, qui prévaut, devant estre acquittée par les heritiers, il y a un perpetuel recours contr'eux, jusques à ce qu'ils ayent indemnisé les douairiers. Aussi Monsieur d'Argentré, sur l'article 433. gl. 2. nomb. 2. dit, qu'il n'y a que les dettes immobiliaires, qui diminuent le douaire, *quæ à causa immobili pedis illationem antecedunt*, & conclut que la femme peut s'opposer au decret des biens de son mari, qui se poursuit pour des dettes mobiliaires, & qu'elle peut demander la distraction de son douaire, même pendant le mariage.

33. *Quid* si le mari rachete durant le mariage. Enfin, si durant le mariage le mari rachete une rente constituée avant le mariage, le douaire de la femme & des enfans en profite, & il ne doit aucune recompense. Il y en a une disposition dans la Coutume d'Artois article 174. qui aprés avoir décidé, que les rentes creées avant le mariage diminuent le douaire, ajoute que, *quand elles sont éteintes, la femme revient à son plein droit.*

34. Si les dettes des successions échuës au mari en ligne directe, diminuent le douaire. Les dettes des successions échuës au mari en ligne directe, même les simples obligations & les promesses sous seing-privé, diminuant de plein droit les successions, diminuent d'autant le douaire de la femme & des enfans, parce qu'ils ne peuvent avoir douaire que sur ce qui appartenoit au mari. Or le mari n'avoit rien luy-même sur les biens de ces successions, qu'aprés les dettes déduites, suivant la regle ordinaire établie en la Loy *Subsignatum 9. §. bona. de verb. signif.* & il ne sert de rien que le mari, qui s'est porté heritier, se soit par consequent engagé à payer ces dettes, & qu'elles soient confuses avec les siennes. Car l'on ne peut pas dire que ce qui est consommé par les dettes, soit échû efficacement au mari: au contraire, il a moins à proportion. D'ailleurs, si ces dettes du pere du mari se confondent avec celles du mari, au respect de ses heritiers, c'est parce que pour éviter les discussions l'on a jugé à propos d'établir cette regle, que l'on prend les successions comme on les trouve, mais en tout autre cas les biens d'une succession ne s'entendent que les dettes déduites. C'est sur ce fondement que nous condamnons le donataire & le legataire universel au payement des dettes, quoique dans la pureté des maximes de Droit, ils soient successeurs à titre singulier, n'y ayant que le seul titre d'heritier, qui fasse les successeurs à titre universel: *L. 24. ff. de verb. signif.* C'est aussi sur ce fondement, que le legs d'une succession échuë, emporte une obligation de la part du legataire de payer les dettes de la succession, les charges suivans naturellement le profit & l'émolument. Et comme les douairiers prennent le douaire coutumier en l'état qu'ils le trouvent, & profitent des bâtimens faits par le mari sur l'heritage sujet au douaire, aussi ils prennent les biens échûs au mari en ligne directe en l'état qu'ils les trouvent, francs & quittes, ou chargez de dettes, le tout sans aucune recompense ni garantie. Nous en avons une disposition dans la Coutume d'Amiens, art. 115. qui dit, que *le douaire ne précede que les dettes créées depuis que les heritages sont échûs au mari en ligne directe:* ce qui signifie que le douaire souffre de celles qui ont esté créées avant l'échéance de la succession.

Cette resolution doit avoir lieu tant pour les dettes mobiliaires, que pour les immobiliaires, les simples promesses, obligations, ou constitutions de rente, tout cela diminuant également la succession échuë au mari, & par consequent le douaire coutumier. Toutes les dettes d'un défunt deviennent également certaines par son decés, elles affectent toutes son patrimoine: Les mobiliaires ne tombent dans la communauté de l'heritier, qu'à la charge d'une recompense, s'il n'y a pas de meubles à proportion dans la succession échuë. 35. *Quid* à l'égard des dettes mobiliaires.

☞ L'on peut objecter que les dettes mobiliaires des successions échuës au mari avant son mariage, ne diminuent point le douaire de sa femme, ni de ses enfans, & par consequent que celles des successions échuës durant le mariage ne le doivent point diminuer.

La réponse est, que les dettes mobiliaires des successions échuës au mari devant son mariage, ne diminuent point le douaire de sa femme, parce qu'elles ont esté faites ses propres dettes, avant que le douaire eût lieu, la confusion ayant prévenu le mariage: mais il n'en est pas de même à l'égard de celles des successions échuës durant le mariage, parce que le douaire prévient ou marche au moins d'un pas égal avec le droit du mari, le mari n'est pas plûtost fait proprietaire, que la femme est faite usufruitiere, le droit d'usufruit & le droit de proprieté naissent au même moment, aussi dans le moment que le mari acquiert la proprieté, il ne la peut pas aliener au préjudice de sa femme & de ses enfans: C'est pourquoi il est juste que le douaire augmente de la maniere que le mari profite de ces successions; c'est à dire, *Deducto omni ære alieno.* D'ailleurs, les dettes mobiliaires d'une succession échuë au mari durant son mariage, affectent bien plus les biens de la même succession, que celles d'une succession qui luy estoit échuë avant le mariage, parce que dans l'usage la femme a recompense de communauté, si elles excedent les meubles de la succession, ainsi elles diminuent d'autant la succession, sur partie de laquelle elles se précomptent. Enfin, le mari semble promettre le douaire coutumier de tous les biens

qu'il a lors, à l'exception des rentes; au lieu qu'il ne promet rien de ce qui luy viendra; sinon les charges déduites, & ce qui survient semble une augmentation de douaire, qui naturellement ne doit avoir lieu que toutes les dettes prélevées.]

36. Qu'il faut que le mari ait fait inventaire.

Il y a neanmoins une condition qui semble necessaire avant que de pouvoir déduire les dettes mobiliaires de la succession échûë au mari, même les immobiliaires sur le douaire de la femme & des enfans, c'est qu'il y ait eu un inventaire des effets de cette succession échûë, sans quoy il semble que le mari, qui a bien voulu en confondre les meubles avec les siens, s'est chargé des dettes, & que ses heritiers ne le peuvent point imputer sur le douaire, si ce n'estoit qu'il eût voulu avantager sa femme & ses enfans, au préjudice de ses creanciers, en obmettant ainsi de faire inventaire, à l'effet que l'on n'imputât pas sur le douaire qui se devoit prendre sur les effets de la succession, qui luy estoit échûë, les dettes de son pere ou de son ayeul, ainsi il semble que cela dépend fort des circonstances. Regulierement le défaut d'inventaire est une présomption de fraude, mais il faut examiner icy à quelles fins la fraude a esté concertée, si pour, ou contre le douaire. Et nonobstant tout cela, dans le doute s'il y a de la fraude ou non, j'ay de la peine à refuser la déduction des dettes, sous ce seul pretexte, qu'il n'y a point eu d'inventaire des meubles de la succession du pere, parce qu'il est constant une fois que la Coutume n'oblige point le mari à cette formalité. Ainsi à moins que la fraude ne soit toute évidente, je conclus pour la déducton des dettes.

37. Du rapport au douaire.

Outre les dettes qui diminuent le douaire, les enfans douairiers sont encore obligez de rapporter au douaire les avantages qui leur ont esté faits, les Coutumes n'ayant pas voulu qu'ils eussent un double profit, c'est à dire, don & douaire sur les biens du pere: & d'ailleurs, le douaire estant accordé au lieu de la legitime & des alimens, dont le pere les peut avoir pourvûs par les donations qu'il leur a faites. Ainsi les enfans sont obligez de rapporter au douaire, comme à la legitime, & à la succession, avec cette difference, qu'il y a beaucoup de choses qui se rapportent à la succession, qui ne se rapportent pas au douaire, ni à la legitime; ce que l'on peut voir cy-dessus, au chap. de la legitime, sect. 9. Car j'estime le douaire à peu prés aussi favorable que la legitime, & s'il se prend au préjudice des creanciers, c'est des creanciers posterieurs au mariage, qui ont dû connoître la condition de celuy avec qui ils contractoient, & que comme il estoit marié, ses enfans avoient necessairement un douaire. Au surplus le douaire tient lieu de la legitime, comme la legitime tient lieu de la succession. La Coutume de Paris, art. 251. n'use pas du mot de ***rapporter***, mais des mots ***rendre & restituer***, ce qui marque que la Coutume fonde ce rapport sur la présomption de la volonté du pere, qui n'a pas entendu charger doublement son bien de douaire, & de donations, d'où l'on a inferé que le rapport au douaire se doit faire au profit des creanciers: ce que j'estime devoir estre observé dans toutes les Coutumes qui n'ont rien de contraire, & j'étends ma proposition au cas même que tant la donation, que la constitution du douaire soient anterieurs aux creances, parce que les creanciers semblent subrogez aux droits du pere, à qui cette imputation appartient.

38. Limitations du rapport au douaire.

Ce rapport au douaire ne se fait pas indistinctement. Car 1. si en consequence de la renonciation des enfans, les collateraux se sont portez heritiers, il n'y a point de rapport à leur profit.

2. Le rapport n'a lieu entre codouairiers, & c'est ainsi qu'il faut entendre l'article 251. de la Coutume de Paris: car quoiqu'il établisse indistinctement le rapport au douaire, neanmoins cela se doit expliquer *secundùm subjectam materiam*. C'est ainsi qu'encore que l'art. 272. de la même Coutume permette au mineur qui est marié, ou qui a obtenu Lettres de benefice d'âge, de donner ses meubles, l'on juge que cela se doit entendre *secundùm subjectam materiam*, & avec ce temperamment qu'il en donne moderément & pour cause. C'est ainsi que quand on a stipulé dans un contrat de mariage, que les futurs conjoints seront uns & communs en tous meubles, acquests & conquests immeubles, l'on a jugé que dans cette clause le mot d'***acquests*** estoit synonyme avec celuy de ***conquests***. Ce que l'on a pareillement décidé en interpretation de l'art. 144. de la Coutume de Senlis, qui compose le don mutuel des acquests & conquests, par Arrest rapporté par Maistre Jean Marie Ricard sur le même article, & pour la Coutume du Maine, par Arrest du 1. Février 1609. rapporté par le même Auteur en son Traité du Don mutuel, chap. 5. sect. 3. nomb. 183. La disposition de la matiere faisant un grand argument dans ces exemples, comme elle fait icy, où il est visible que le rapport au douaire n'est requis qu'au respect des creanciers & des heritiers en directe, qui fournissent le douaire, non des heritiers collateraux ni des codouairiers.

3. Si c'est un Haut-Justicier, qui estant en la place d'un des enfans, s'est porté heritier, le rapport n'aura pas lieu à son profit.

4. L'on se peut exempter de rapporter en especes en moins prenant: ce qui s'observe tant entre enfans, dont les uns sont heritiers, les autres douairiers, qu'au respect des creanciers.

Enfin, il faut observer, que quand la mere a survêcu le pere, les enfans qui ne sont point obligez, lors du decés du pere, d'accepter le douaire, parcequ'ils n'en pourroient pas joüir alors, ne rapportent les interests des donations qui leur ont esté faites par le pere, que depuis le decés de leur mere.

Sur ce fondement, comme nous avons dit dans cette sect. 9. du chap. de la legitime, que le fils, qui demande sa legitime en la succession de son pere, n'est point obligé de rapporter ce qui a esté donné à ses enfans, & que le petit-fils qui demande de la sienne dans la succession de son ayeul, n'est point tenu non plus d'imputer ce qui a esté donné à son pere, nonobstant la disposition de la Loy *Quoniam Novella 29. C. de inoff. testam.* qui compare le rapport pour la legitime au rapport pour la

39. Si le fils douairier rapporte les donations faites au petit-fils, & si le petit-fils rapporte celles qui ont esté faites au fils.

Raisons contre le rapport.

Raisons contre le rapport.

succession, parce qu'il est décidé ailleurs que la legitime ne peut estre grevée, & parce qu'elle tient lieu d'alimens, sur lesquels on ne peut imputer que ce qui est donné à la personne même, il semble qu'il faut conclure icy de même, que les donations faites au petit-fils ne s'imputent point sur le douaire du fils, ni que celles faites au fils ne s'imputent point sur le douaire du petit-fils, qui au moyen du prédecés de son pere, prend le douaire sur les biens de son ayeul: Autrement il seroit vray de dire, qu'en fait de douaire, il seroit permis d'étendre la disposition de la Loy penultiéme *ff. de curat. fur.* hors de son cas, & de substituer ses petits-fils au douaire de son fils, sans qu'il y eût de cause de prodigalité, & ce seroit imputer

sur les alimens les donations d'autrui, ce qui ne seroit pas juste. D'ailleurs, les creanciers doivent considerer ces donations, comme faites à des étrangers, & se pourvoir en declaration d'hypoteque contre les donataires, si leurs titres sont anterieurs à ces donations, sinon ils doivent considerer que ces donations estoient faites avant leurs contrats. Rien ne semble plus droit que cette opinion, mais c'est tout le contraire, si l'on examine les choses de prés.

Raisons pour l'imputation.

39. Raisons pour l'imputation.

En effet, qu'elle justice y a-t-il qu'un pere qui sçait que son fils a un droit de douaire sur ses biens, comble ses petits-fils de ses bienfaits en meubles, en argent, en immeuble, & en toute sorte de biens, & que le fils prenne encore son douaire en son entier, comme si sa maison n'estoit pas déja enrichie des bienfaits du pere ? Ou dans l'autre cas, qu'un pere ayant crû que son fils luy devoit survivre selon l'ordre de nature, & luy ayant fait diverses donations en avancement d'hoirie, lorsque le fils vient à deceder le premier, il soit permis aux petits-fils, non seulement de se tenir au douaire dans la succession de leur ayeul, mais, en ce faisant, de conserver ces donations en qualité d'heritiers du pere, sans les imputer sur leur douaire ? Le premier cas ne tombe-t-il pas dans l'Edit du Preteur que nous avons en la Loy 1. *ff. quæ in fraudem creditorum*, & dans le second cas n'y a-t-il pas d'exception de dol contre les petits-fils ? Ajoutez à cela la faveur des creanciers, qui bien souvent n'ont pas d'action hypotequaire, les donations estant faites en argent, & en meubles, qui ne sont point susceptibles d'hypoteques, ou les actions hypotequaires estant prescrites, lorsque l'on agite ce rapport au douaire.

40. Que l'imputation est juste, au cas même que les petits-fils renoncent à la succession du fils.

Il faut aller plus loin : car supposé même que dans le second cas les petits-fils qui se portent douairiers sur les biens de l'ayeul, renoncent à la succession du pere, il n'est pas juste non plus, qu'ils s'exemptent du rapport au douaire, puisque leur pere qui estoit le premier dans l'ordre naturel pour venir au douaire, en a peut-estre touché la valeur dans les donations qu'il a reçûës, & que les petits-fils ont pû renoncer à sa succession au moyen des donations qu'il leur a faites, peut-estre des biens de l'ayeul.

Enfin, quand la renonciation de ces petits-fils à la succession du fils, seroit gratuite, & sans aucun don ni aucune recompense, il est toûjours vray de dire que le fils, ayant reçû en avancement d'hoirie, les creanciers ne doivent pas souffrir de son prédecés, & que ce qui luy a esté donné doit estre rapporté par les petits-fils.

41. De même entre enfans, dont les uns sont douairiers, les autres heritiers.

Cette décision doit aussi avoir lieu au cas que l'ayeul ait laissé d'autres enfans, qui se portent heritiers, & qu'il n'y ait point du tout de creanciers : car les enfans sont tout aussi favorables à cause de l'égalité, & pour empêcher qu'il n'arrive, comme il se pourroit faire par le moyen de ces donations, que la branche des douairiers ne soit plus avantagée, que celle des heritiers, même une branche cadette (parce que l'on verra dans la suite que l'aîné fait part dans le douaire de ses cadets sans aucun droit d'aînesse) ce qui seroit d'une injustice manifeste.

42. Réponse à l'objection tirée de l'exemple de la legitime.

Cette derniere décision nous conduit même à une difference essentielle qu'il y a sur ce sujet entre le douaire & la legitime, qui empêche que ce que nous avons dit en la sect. 9. du chapitre de la legitime, ne puisse estre opposé à ce que nous venons de resoudre pour le douaire. En effet, ce qui nous a le plus déterminez en cet endroit, à dire que la legitime n'est sujette à aucun de ces deux rapports, a esté, que si des enfans la poursuivent contre les étrangers donataires, il n'y avoit rien de plus favorable, & si contre d'autres enfans, il estoit au pouvoir de ces autres enfans donataires de s'égaler en renonçant à leurs donations. Or cela ne se peut dire icy, soit que le douaire soit acquitté par des creanciers, soit par d'autres enfans qui sont heritiers : car toute la faveur est du côté des creanciers. Et à l'égard des enfans heritiers, quand ils se tiendroient aussi au douaire, ce qu'ils ne peuvent pas même, aprés qu'ils ont une fois accepté la succession, si l'opinion qui va à ne pas faire ce rapport, avoit lieu, ils ne parviendroient pas à l'égalité par cette voye. Ainsi ces especes sont tout à fait dissemblables, & l'on ne peut pas valablement argumenter de l'une à l'autre.

43. Réponse à l'objection, que d'obliger le fils à ces deux rapports, c'est permettre de gréver le douaire.

Cette observation sert encore de réponse à ce qui avoit esté dit ci-dessus pour raison de douter, que le douaire, comme la legitime, ne peut estre gréve ni substitué, & que ce seroit une espece de substitution, que d'obliger le fils de rapporter au douaire, qu'il prend dans la succession de l'ayeul, ce que l'ayeul a donné au petit-fils. En effet, la raison de cette regle qui est établie pour la legitime par la Loy *Quoniam 32. C. de inoff. testam.* & par la Novelle 18. chap. 3. & par une infinité d'autres textes, est la faveur de la legitime contre des étrangers, même contre d'autres enfans donataires, qui se prévalent de leurs donations pouvant partager également, ce qui n'a pas lieu en cette espece, où ce sont les douairiers même qui ont l'avantage de leur côté, y ayant des donataires & des douairiers dans une même branche, & parce que, comme il vient d'estre dit, les autres enfans heritiers renonceroient inutilement à la succession. Enfin, dans les deux especes que nous agitons, il y a cette raison perpetuelle, qui autorise l'imputation sur le douaire, quoique cette imputation le gréve & le modifie, c'est que rien n'est plus favorable que des creanciers qui souffrent du douaire, & rien de moins favorable, qu'un douairier qui veut avoir plus dans les biens du pere, qu'un frere qui se porte heritier, sans que celuy-cy puisse se défendre de cette inégalité, si l'opinion contraire a lieu.

44. Si les enfans renonçans *aliquo dato*. Et si les renonçans *nullo dato*, font part dans le douaire.

☞ Si entre plusieurs freres il y en a qui ont reçû des donations ausquelles ils se tiennent, le douaire diminuë d'autant de portions qu'il y a de donataires, ainsi supposé qu'il y ait trois freres, dont deux soient donataires, il n'est dû qu'un tiers du douaire au troisiéme frere, parce que le douaire se prenant au préjudice des creanciers posterieurs au mariage, & ceux-cy representant le pere, ils profitent de ce qu'il a donné à ses enfans, & ces donations tiennent lieu de quittances de cette dette naturelle.

Que si un des enfans renonce à tout sans avoir rien reçû, en ce cas, il se fait un accroissement du douaire au profit des autres, comme si cet enfant n'avoit jamais esté. Aussi les Coutumes donnent le douaire aux enfans en general, & ils ne font part que par leur concours, que si quelqu'un renonce tant à la succession qu'au douaire, sans avoir jamais rien reçû, en ce cas, il ne concourt point avec les autres, & ne fait point part avec eux : par consequent les freres en profitent, non les creanciers.]

45. Si l'on impute aux douairiers les bâtimens sans

On peut encore demander si le douaire des enfans ne souffre pas d'imputation pour les bâtimens que le pere a faits sur l'heritage sujet au douaire, & cela se peut proposer pour les creau-

sur le douaire.

tiers, ou pour d'autres enfans heritiers.

46. *Quid* à l'égard des creanciers.

A l'égard des creanciers, il faut dire indistinctement, qu'ils ne peuvent imputer les bâtimens sur le douaire, par les raisons qui ont esté expliquées en la section précedente, distinction 2.

47. *Quid* au respect des enfans du même lit.

Pour ce qui est des enfans du même lit qui sont heritiers, ils ne peuvent non plus demander cette imputation, parce que l'on présume qu'ils trouvent leur compte à accepter la succession, sans quoy ils se tiendroient au douaire comme les autres.

48. *Quid* au respect de ceux d'un autre lit.

A l'égard des enfans d'un autre lit, il y a plus de difficulté: au cas, par exemple, que les enfans des deux lits se tiennent au douaire, & qu'il y ait eu des bâtimens faits durant le second mariage sur le propre sujet au douaire des enfans du premier lit: car en ce cas, si à l'*instar* des successions, chacun prend le douaire comme il se trouve, les enfans du premier lit auront beaucoup d'avantage, puisqu'ayant moitié dans cet heritage à titre de douaire, & les enfans du second n'y ayant qu'un quart, la plus grande partie de la dépense du bâtiment, fait durant le second mariage, tournera au profit des enfans du premier lit. Ce qui ne peut jamais estre reciproque au profit des enfans du second lit. Et pour moy je croirois qu'il y auroit quelque équité en ce cas d'imputer les augmentations. Car c'est peut-estre à cause de ces bâtimens, qui ont esté faits durant le second mariage, que les enfans du second lit ont renoncé à la succession: Quoy qu'il en soit, la dépense en estant tirée de la seconde communauté, il est assez juste que ces enfans en profitent en quelque sorte par cette imputation.

49. *Quid* si les enfans du second lit sont heritiers, & ceux du premier douairiers.

Que si dans ce même cas, les enfans du second lit se portent heritiers du pere, & fournissent le douaire aux enfans du premier lit, je voudrois user de quelque distinction: car si le second lit peut prendre le douaire coutumier, en quoy il est égalé, en quelque façon, au premier lit, par la disposition de la Coutume, en ce cas, il est assez juste de ne point imputer les bâtimens aux enfans du premier lit, parce que, comme il ne tient qu'au second lit de prendre le douaire, l'on présume qu'il trouve ses avantages à accepter la succession, mais il faudroit dire le contraire, si le second lit n'avoit qu'un douaire préfix, qui fût moindre que le coutumier.

50. Si un pere laissant un fief, consistant en un manoir, & laissant une maison sujette au douaire & du bâtiment, de laquelle il doit le prix, les enfans douairiers profitent du bâtiment, au préjudice de leur aîné, qui se porte heritier, & si cet aîné payera seul les bâtimens.

Voicy un autre cas où l'on demande si le bâtiment fait sur le propre ne s'impute point sur le douaire? Un pere laisse pour tous biens un fief qui consiste presque tout au principal manoir, & une maison dans Paris qui est de ses propres, mais dont il doit encore le bâtiment à son Architecte. Il laisse aussi trois enfans, l'aîné, qui pour profiter de ce fief se porte heritier, & deux puisnez qui renoncent à sa succession, & se tiennent au douaire de leur mere. Sur quoy l'on demande qui est obligé de payer l'Architecte, si l'aîné en est tenu pour le tout comme seul heritier, ou les enfans pour moitié, comme ayant la moitié de la maison à titre de douaire?

Et premierement, il semble que l'Architecte ne pourra faire decreter que la moitié de la maison, tant en fond qu'en superficie, & qu'il y aura lieu de donner aux enfans douairiers la distraction de la moitié du fond, comme à eux appartenant originairement à titre de douaire, plus de la moitié du bâtiment, selon les principes cy-dessus établis, & parce que la superficie suit le fond, sauf à luy à poursuivre l'aîné, & faire decreter le fief, si ce n'est qu'il fasse decreter l'autre moitié de la simple superficie.

En second lieu, dans la grande rigueur c'est à l'aîné seul, qui est unique heritier, à payer cette dette, & il faut croire qu'il a sçû compter, & a crû qu'il luy estoit avantageux de se porter heritier, plûtost que d'entrer en participation du douaire avec ses freres. Et neanmoins je serois difficulté de dire, que ce bâtiment & cette augmentation du douaire dût aneantir le droit d'aînesse, même toute la portion de l'aîné; & si cela arrivoit en faisant porter à l'aîné le prix du bâtiment tout entier, j'estimerois que pour éviter cet inconvenient, il faudroit recompenser l'aîné, & obliger les douairiers de payer la moitié du prix du bâtiment, parce que le pere n'a pû augmenter le douaire au préjudice du droit d'aînesse, & qu'il a esté jugé par l'Arrest des Cordelles, rendu pour le fief du Crucifix saint Jacques, que tant qu'il y a d'autres biens, le préciput ne peut estre ôté à l'aîné, quoique le fief ne consiste que dans le principal manoir.

51. Qu'en ce cas le bâtiment ne doit jamais consommer le droit d'aînesse.

Ce n'est pas la seule question où le droit d'aînesse se trouve en concurrence avec le douaire. Car l'on demande encore si entre enfans d'un même lit, qui acceptent tous le douaire, le droit d'aînesse a lieu sur les fiefs qui sont partie du douaire: ce qui ne se doit proposer que pour les Coutumes qui n'en ont point de disposition précise. Et la raison qui se peut alleguer pour soûtenir que dans ces Coutumes le droit d'aînesse a lieu entre douairiers, est que le douaire tient lieu de legitime, & la legitime de succession: ainsi le droit d'aînesse semble s'y devoir observer, puisqu'il a lieu entre des legitimaires, & que l'aîné réduit à sa legitime, a son droit d'aînesse en son entier, quand il la poursuit contre un de ses puisnez donataire ou legataire, & la moitié de ce même droit, quand il poursuit sa legitime contre un étranger: Aussi il y a diverses Coutumes qui donnent le droit d'aînesse entre douairiers, comme Valois, article 112. Estampes, article 132. & Melun, article 97.

52. Si entre enfans d'un même lit, qui se tiennent au douaire, le droit d'aînesse a lieu.

Resolution contre le droit d'aînesse.

Il faut dire, nonobstant cela, que dans les Coutumes qui n'en décident rien, le douaire se partage sans droit d'aînesse, parce qu'il vient *jure contractus*, qui est la raison de l'Arrest de Montmorency, rapporté dans la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 112. de la Coutume de Valois, *quia capiunt jure contractus, & non jure successionis.* Aussi il n'y a pas lieu même au profit d'un aîné, qui est simple donataire, legataire ou substitué, parce que ces titres, quoique qualifiez universels, sont neanmoins dans la pure verité, de simples titres particuliers: Or l'on ne peut aspirer au droit d'aînesse, que sur le fondement d'un titre universel, c'est à dire, du titre & de la qualité d'heritier. Cette décision doit avoir lieu, au cas même que le douaire soit pur coutumier, & qu'il n'y ait pas de contrat de mariage, qui l'établisse, parce qu'en ce cas, il vient encore *jure contractus*, en ce que la Coutume contracte au lieu de l'homme, & que ce droit resulte du mariage, qui est un établissement de societé. C'est pourquoi si un pere a stipulé une emphyteose ou une inféodation pour luy & ses enfans mâles, le fief n'est point sujet au droit d'aînesse: parce qu'il vient aux mâles *jure contractus*. Enfin, quand une Coutume appelle les enfans au douaire, sans exprimer que c'est avec droit d'aînesse, elle est présumée les y appeller également, comme quand un testateur institue plusieurs heritiers sans dire pour quelles portions, suivant les Loix 9. 10. 11. & 17. *ff. de hered. instit.*

53. Que le douaire vient *jure contractus.*

Aussi l'on peut dire que c'est le Droit commun du Royaume, qu'en doüaire n'y a aucun droit d'aînesse : ce qui paroist non seulement par la disposition de la Coutume de Paris, art. 250. & de plusieurs autres, mais encore par un Arrest du 31. Mars 1582. rendu pour la Coutume de Chartres, & par l'Arrest de Montmorency, cité dans cette Note de du Molin. Et il y a bien de la difference à cet égard, entre la legitime & le doüaire, parce que la legitime se prend à titre d'heritier, qui est le titre auquel le droit d'aînesse est attaché; au lieu que le doüaire s'obtient *jure contractus*, & que pour l'obtenir, il faut même avoir renoncé à la succession.

Quelques-uns ont voulu rapporter quelque temperamment à cette décision, en disant, que si entre enfans doüairiers, il n'y a point de droit d'aînesse pour l'aîné, il a au moins le privilege de prendre le principal manoir du fief, & le fief même, en recompensant ses puînez, & c'est l'avis de Brodeau sur l'article 13. de la Coutume de Paris, nombre 43. lequel il fonde sur la Note manuscrite de Maître Charles du Molin sur l'article 137. de la même Coutume, nombre 13. Mais je ne suis pas de cet avis, & l'aîné n'a, en ce cas, que la voye de la licitation. Car le doüaire est un titre particulier, qui ne suffit pas pour aspirer au droit d'aînesse, ni à aucune partie du droit d'aînesse. Or le droit de recompense en est une.

☞ A l'égard des Coutumes où le droit d'aînesse a lieu entre doüairiers, comme Valois, Estampes, & Melun, il faut dire qu'il y est exempt de dettes, & que l'aîné ne contribuë aux dettes anterieures que pour sa part afferante. En effet, le doüaire tient lieu aux enfans de legitime, comme la legitime leur tient lieu de succession : ce qui paroist par le rapport qui se fait presque uniformément au doüaire, à la legitime, & à la succession, par la representation qui a lieu dans le doüaire, que les petits-fils venant avec leurs oncles, partagent par souches : Enfin, par la disposition même des Coutumes dont il s'agit, qui accordant un droit d'aînesse à l'aîné des doüairiers, les considerent comme heritiers. Ces Coutumes ne traitent point le doüaire des enfans, comme l'effet d'un contrat, mais comme une image & une representation des successions, elles regardent les enfans douairiers, comme des successeurs à titre universel, parce qu'ils ont une quotité dans un certain genre de biens, elles déclarent la subrogation dont il vient d'estre parlé, du doüaire à la legitime, & de la legitime à la succession : ainsi elles considerent l'enfant doüairier, aussi-bien que l'enfant legitimaire, pour un demi heritier, & de même qu'un aîné legitimaire ne laisse pas d'avoir un droit d'aînesse en son entier; aussi elles en donnent un tout entier à l'aîné des enfans doüairiers.

Il ne faut point objecter contre nostre décision, que les doüairiers, à proprement parler, ne payent point les dettes anterieures, mais qu'elles se prélevent, parce qu'il n'y a dans le doüaire que ce qui reste de biens, les dettes anterieures au mariage, payées. En effet, la même chose a lieu au respect des heritiers, pour toute sorte de dettes. Cependant on ne préleve point les dettes au préjudice du droit de l'aîné qui est heritier, mais il a son droit d'aînesse franc & quitte de toutes dettes, tandis que le reste des biens de la succession les peut acquitter sans blesser la legitime des puîsnez, auquel cas l'art. 17. de la Coutume de Paris auroit lieu.

Il faut neanmoins limiter nostre proposition principale aux Coutumes où l'aîné heritier ne porte les dettes que pour une part virile : car s'il y avoit une des Coutumes où il porte les dettes à proportion de l'émolument, qui donnât un droit d'aînesse à l'aîné des doüairiers, en ce cas, il faudroit suivre à plus forte raison en fait de doüaire : ce qui seroit établi pour les successions.]

Que si l'aîné est heritier & les puîsnez doüairiers, & qu'il n'y ait pour tous biens dans la succession qu'un seul fief qui consiste en un principal manoir, lequel estoit un propre au pere, l'aîné aura-t-il luy seul ce principal manoir à titre de préciput, ou les doüairiers y auront-il moitié, la part de l'aîné confuse? L'article 17. de la Coutume de Paris reserve, en ce cas, la legitime ou le doüaire aux puîsnez. Mais comme nous avons expliqué au chapitre de la succession des Fiefs; sect. 1. nomb. 11. qu'en ce cas, la legitime des puîsnez est, que ne pouvant considerer ce fief comme un principal manoir, parce qu'en ce sens il appartiendroit tout entier à l'aîné, on le considere comme un fief, & on le partage féodalement, & par plus grande portion entre l'aîné & les puîsnez, aussi il faut dire, que le même partage aura lieu en faveur du doüaire, supposé que le fief ne soit pas un acquest, auquel cas les puîsnez auroient dû demander leur legitime, & non pas leur doüaire coutumier. Et la raison de cette décision est, que le doüaire prévaut au droit d'aînesse, parce que c'est un droit naturel, & qu'il tient lieu d'alimens, & que d'ailleurs, les Coutumes n'ont pas voulu donner tout le bien à l'aîné, mais seulement une plus grande portion qu'aux autres, que par consequent il ne doit pas consommer tout ce fief par son droit d'aînesse. Ainsi y ayant trois enfans, les puîsnez auront la même part sur un fief propre au pere, soit à titre de doüaire, soit à titre de legitime, c'est à dire, la moitié dans la Coutume de Paris, ce qui fera qu'ils demanderont toûjours le doüaire sur le fief propre, pour s'exempter des dettes posterieures au mariage.

54. Si, n'y ayant pour tous biens qu'un principal manoir, l'aîné l'aura pour son droit d'aînesse au préjudice des puînez, qui se tiennent au doüaire.

Je ne vois pas qu'il y ait aucun inconvenient en ce que l'on fixe, par ce moyen, le doüaire & la legitime à la même quotité, parce que ce n'est pas tant que l'on fixe l'une & l'autre, comme c'est que l'on restraint le droit d'aînesse, lequel estant déduit, il ne reste qu'une certaine portion pour les puîsnez, qu'ils peuvent prendre comme legitime, si c'est un acquest, ou qu'il n'y a point de dettes, ou comme un doüaire, si c'est un propre. Que s'il n'y avoit que deux enfans, & que l'espece se presentât dans la Coutume de Paris, donneroit-on les deux tiers de ce principal manoir à l'aîné pour son droit d'aînesse, & le tiers seulement au puîsné à titre de doüaire, ou leur donneroit-on à chacun la moitié du fief? Et j'estime que l'aîné auroit les deux tiers, parce qu'il n'est pas juste que le doüairier soit égalé à l'aîné qui se porte heritier, & que le doüaire qui est, en ce cas, une legitime contre le droit d'aînesse, produise autant au doüairier, que le droit d'aînesse au fils aîné.

Si le fils aîné est legataire universel, & que ses puîsnez se tiennent au doüaire de la mere, l'aîné fera part dans le doüaire, sans aucun préciput, parce qu'il est impossible de le concevoir doüairier & heritier; au lieu que s'il s'agissoit de la legitime de ses puîsnez, il y feroit part avec préciput, parce qu'on peut tres bien le supposer heritier & legitimaire, & qu'il ne peut pas estre legitimaire, sans estre heritier. Tout cela est fondé sur la regle, *tantum operatur fictio in casu ficto; quantum veritas in casu vero.* L'aîné legitimaire auroit droit d'aînesse, pouvant estre legitimaire

55. *Quid* si l'aîné est legataire universel, & les puînez douairiers.

re & heritier, d'où il suit qu'estant legataire universel il fait part avec préciput & droit d'aisnesse dans la legitime de ses puisnez ; au contraire l'aisné douairier n'auroit point de préciput ne pouvant estre heritier & douairier. D'où il suit qu'estant legataire universel, il fait part dans le douaire de ses puisnez sans aucun préciput, si ce n'est dans le cas du nombre précedent.

56. Le doüaire du premier lit diminuë le droit d'aisnesse du second lit. Il y a une autre espece où le douaire retranche le droit d'aisnesse, c'est lorsqu'il y a des enfans de deux lits, & que les filles du premier lit prennent leur douaire sur le fief : car elles auront à ce titre la moitié de ce fief, & le fils du second lit n'aura préciput & plus grande portion que sur le residu. Aussi c'est la même chose que si le pere avoit aliené moitié du fief, le droit d'aisnesse ne prévalant pas aux titres onereux. Nostre proposition principale est appuyée de l'Arrest de Charmon rendu en cette espece. Messire Charles de la Fontaine avoit esté marié deux fois: La premiere, avec Damoiselle Madelaine de Barbesi, dont vint Antoinette de la Fontaine, mariée au sieur de Charmon : la seconde, avec Damoiselle Catherine de la Moriciere : & de ce dernier mariage il eut Philippe & Loüise de la Fontaine, appellée la Damoiselle de Cormeilles. Charles de la Fontaine mourut : Philippe son fils du second lit déceda plusieurs années aprés luy : Antoinette de la Fontaine, Dame de Charmon, fille du premier lit, declara qu'elle se fixoit au douaire de sa mere : Loüise de la Fontaine, ou autrement la Damoiselle de Cormeilles, accepta la succession de son pere & celle de son frere, & du chef du ce dernier demanda un droit d'aisnesse sur les biens du pere. La Dame Charmon prétendit que tous les biens du pere tant en fief, que roture, estoient sujets au douaire de sa mere : la Damoiselle de Cormeilles soutint au contraire, que le douaire du premier lit ne pouvoit pas diminuer le droit d'aisnesse du fils du second lit, dont elle estoit heritiere. Messieurs des Requestes du Palais jugerent pour la Damoiselle de Cormeilles, & en faveur du droit d'aisnesse. Il y eut appel qui fut distribué à Monsieur le Tonnellier de Breteüil en la premiere Chambre des Enquestes, où l'affaire ayant esté partagée, elle fut départie en la seconde, & par Arrest du 16. Avril 1677. qui est rapporté dans la cinquiéme Partie du Journal du Palais, page 135. l'avis de Monsieur le Rapporteur, qui fut à préferer le douaire au droit d'aisnesse, a esté suivi.

Ce que je croirois devoir avoir lieu en cas même que le pere eût constitué sur son fief un douaire excessif à sa premiere femme : car si le fils du second lit veut donner atteinte à ce douaire, il ne doit pas venir à titre de droit d'aisnesse ; mais de legitime.

57. Si le doüaire excessif se retranche en faveur de la legitime. En effet, la legitime prévaut au douaire quand il est excessif : parce qu'il est reputé donation à proportion de l'excés : ce qui se peut presenter en deux cas. Le premier, que les enfans du second lit demandent leur legitime contre le douaire excessif, qui a esté constitué pour le premier lit : Le second, que les enfans demandent leur legitime contre le douaire de leur mere.

Dans le premier cas, je ne fais aucune difficulté que les enfans du second lit ne soient recevables à se plaindre de l'excés du douaire du premier lit : parce que cet excés même est une donation sujette à leur legitime : ce qui peut estre fondé sur la Loy *Totas 5. C. de inoff. donat.* le donateur ayant dû pourvoir en tout temps aux enfans, qu'il pouvoit avoir dans la suite : & comme c'estoit une obligation naturelle, *L. cum ratio naturalis ff. de bon. damnat.* Aussi il en resulte une reserve tacite dans les donations, à laquelle les donataires ont dû s'attendre, & prévoir que dans les cas où la Loy *Si unquam C. de revoc.* n'auroit pas lieu, la legitime des enfans qui naîtroient d'un autre mariage, suppléroit, & qu'ils seroient obligez de l'acquitter : Or pour sçavoir si le douaire est reputé excessif, il faut voir ce qui a esté dit en ce même Livre Chapitre 3. de la Legitime, sect. 7. nomb. 10. & suiv.

Dans le second cas, nous avons resolu en cette même section du chapitre de la legitime, que le douaire excessif de la mere estoit sujet à la legitime des enfans communs ; ce qui est autorisé par l'article 288. de la Coutume de la Marche, & l'article 14. de celle de Saint Quentin, qui permettent toute sorte de donations entre conjoints par contrat de mariage, sauf la legitime des enfans à naistre.

J'ay vû demander si un pere ayant desherité son fils unique pour avoir attenté sur sa vie, les enfans de ce fils estoient recevables à demander le douaire dans la succession de leur ayeul ? La raison de douter estoit, qu'ils ne pouvoient venir au douaire par representation de leur pere exheredé & vivant ; non plus que de leur chef, & *ex successorio edicto*, l'Edit des successions n'ayant point lieu en fait de douaire. Nonobstant quoy il faut dire, que les enfans de ce fils unique & desherité viendront à ce douaire : car ils viendroient à la succession préferablement à des collateraux : ce qui sera établi au Chapitre de la Representation, section 2. livre 3. Or le douaire tient lieu de la legitime, qui tient lieu de la succession. Aussi voit-on que l'on vient au douaire par representation & par souches. 2. Que l'on y fait des rapports & imputations à peu prés comme dans la legitime & dans la succession. 3. Que ce qui vient à titre de douaire coutumier, prend la qualité de propre paternel, comme s'il estoit venu par succession. Tous ces cas verifient que le douaire imitant la succession *ab intestat*, les enfans de l'exheredé peuvent venir au douaire *quasi ex successorio edicto*, Que si l'ayeul avoit laissé d'autres enfans, ou petits-enfans d'une autre branche, en ce cas les enfans de l'exheredé, luy survivant, seroient-ils exclus du douaire, parce qu'ils n'y pourroient venir que par representation, & que l'on ne represente jamais un homme vivant ? Et il faut suivre là-dessus les mêmes distinctions que nous établirons pour la succession des enfans de l'exheredé, liv. 3. ch. 5. de la Representation, sect. 2. 58. Si les enfans du fils unique, qui a esté desherité, peuvent demander le douaire dãs la succession de leur ayeul.

☞ Que si le fils qui a esté desherité, a des freres & sœurs, & que quelques-uns de ceux-ci se portent heritiers d'autres se tiennent à leurs donations, d'autres au douaire de leur mere ; les heritiers, & les donataires du même mariage feront également part dans le douaire : Il n'en est pas de même à l'égard de l'exheredé : car il ne fait point part, estant censé mort ; *L. 1. §. sed etsi patruus ff. de conjug. cum emancip. ejus :* Ce qui souffre neanmoins une exception, au cas que l'exheredé eût esté donataire avant son exheredation, & que sa donation n'eût pas esté revoquée : car en ce cas il fait part en qualité de fils donataire : cela est pourtant susceptible de quelque difficulté, à cause qu'il n'est pas vray de dire qu'il préfere sa donation à la succession, puisqu'il est desherité : cependant j'incline à luy faire faire part, parce qu'il est fils & donataire.]

Il ne faut pas finir sans rapporter une espece singuliere, qui s'est presentée au Palais. Un Particulier ayant des biens en diverses Coutumes, entre lesquels il y en avoit dans lesquelles le douaire 59. Subrogation d'une Coutume en une autre Cou-

tume pour le doüaire propre aux enfans. n'estoit pas propre aux enfans ; & d'autres où il estoit propre, devoit quelques rentes avant que de se marier, dont il n'avoit payé aucuns arrerages pendant son mariage. Les creanciers ont fait saisir les biens des Coutumes, où le douaire estoit propre, & les ont absorbez. L'on demande si aprés son decés les enfans douairiers peuvent demander un doüaire dans ces autres Coutumes, où il n'est que viager ? Et il faut répondre qu'ils le peuvent par une espece de subrogation du doüaire, ou plustost de l'hypoteque du douaire,& qu'il faudra estimer ce que les biens de Paris, & des autres Coutumes devoient porter de ces dettes,& cette deduction faite, estimer le douaire qui auroit resté sur les biens de Paris pour le donner aux enfans à proportion, & par forme de recompense dans ces Coutumes où il n'est que viager. Que s'il y a des creanciers posterieurs au mariage, ils ne pourront pas empêcher cette translation du doüaire des enfans, qui est à peu prés semblable à celle qui arrive, lorsque quelqu'un ayant des biens en une Coutume, qui limite le douaire préfix, & d'autres en d'autres Coutumes, qui ne le limitent pas, promet un douaire excessif : car aprés que l'on aura épuisé ce qu'il est permis de donner à titre de douaire dans cette Coutume, l'excedant se fournira sur les biens situez dans les autres Coutumes. Tronçon sur l'article 292. de la Coutume de Paris. Bouvot sur le §. 4. des Successions de la Coutume de Bourgogne.

60. Doüaire stipulé viager devient propre, s'il y a des enfans. Au reste, ce doüaire des enfans est si favorable dans les Coutumes où il est propre, que quand il a esté constitué un douaire viager à la femme, l'on présume que c'est *in casu non existentium liberorum :* ensorte qu'y ayant des enfans, l'on ne laisse pas de leur ajuger le douaire, ☞ & de leur donner l'action revocatoire contre les tiers détempteurs, qui dans des Coutumes comme celle de Paris, ont dû prévoir que les biens du pere estoient sujets au doüaire des enfans ; outre que si on ne donnoit, en ce cas, la revendication de leur douaire contre ces tiers acquereurs, il seroit inutile le plus souvent de le déclarer propre.] Sur ce fondement l'on a jugé en la quatriéme Chambre des Enquestes par Arrest du mois de May 1688. qu'un jeune homme qui avoit son bien à Paris, s'estant marié à Bourges, & ayant constitué à sa femme trois mille livres de douaire préfix & viager, rachetable de trente mille livres sans aucune dérogation à la Coutume de Paris, & sans exprimer même qu'il constituoit ce douaire viager suivant la Coutume de Bourges, il estoit dû 60000. livres pour le douaire des enfans, les 30000. livres n'ayant esté stipulées que pour l'usufruit de la mere. Autre chose est quand le douaire est viager, non par la convention, mais par la disposition de la Coutume. Car si l'on peut suppléer aux conventions des parties sur le fondement des présomptions & des indices de leur volonté, l'on n'en use pas ainsi à l'égard des dispositions de la Loy, ausquelles l'on ne peut rien ajoûter.

61. Si les creanciers de la mere, qui est décédée, viennent pour les arrerages de son doüaire préfix, en concurrence avec les enfans pour le fond du doüaire, ou s'ils leur sont préferez. Il arrive quelquefois qu'il n'y a pas suffisamment de fond pour les arrerages du douaire préfix qui sont dûs à la mere, & qui sont demandez aprés son decés par ses creanciers, & pour le principal du douaire qui est dû aux enfans ; & l'on demande, en ce cas, si les enfans doivent venir en concurrence avec les creanciers de la mere, ou si ceux-cy doivent estre préferez pour tous les arrerages dûs à leur debitrice ?

Les enfans disent pour établir la concurrence, qu'ils sont aussi favorables, que la mere, & qu'ils ont la proprieté du même douaire, dont elle n'a qu'un simple usufruit : qu'il est contre toutes les regles que l'usufruit consomme la proprieté, & que si cela se souffre icy par un privilege special du douaire de la veuve, quand il ne s'agit que de l'interest des collateraux, il n'en doit pas estre de même, lorsqu'il est question du douaire dû aux enfans, qui leur sert d'alimens dans le cours de la vie, & est encore plus favorable que l'usufruit momentanée d'une veuve, qui n'est demandé que par des creanciers. Ils se servent de l'exemple des rentes, à l'égard desquelles on a jugé que le cessionnaire des arrerages, & le cessionnaire du principal devoient venir en concurrence.

Les creanciers soutiennent au contraire, que le douaire de la veuve leur debitrice est préferable, premierement, par l'ordre de l'écriture : puisque l'on stipule ordinairement le douaire de la femme dans les contrats de mariage avant que de faire mention de celuy des enfans ; que cet ordre est considerable dans les contrats, & que de même que l'on a jugé qu'entre divers creanciers qui avoient contracté avec un même debiteur, en un même jour & une même heure,& devant le même Notaire, celuy dont le contrat estoit le premier enregistré dans le Registre du Notaire estoit preferable, ce qui est l'espece de l'Arrest rendu dans l'affaire de Monsieur Brisard, du 12. Janvier 1601. rapporté par Gouget en son Traité des hypoteques, partie 3. qu. 24. Aussi entre les clauses d'un même contrat, celles qui sont les premieres dans l'ordre de l'écriture, doivent prévaloir : ce que le Droit décide pour des legs portez par un même testament, la Loy *Si quis servum 8. §. 4. de legat. 20.* disant, *ei potius solvendum, cui priniùm legatum est*, & la Loy *Quoties ff. de usufr. & quemadm.* décidant que si on a laissé une joüissance alternative à deux personnes, celuy qui est nommé le premier doit joüir le premier.

Ils disent, que cet ordre de l'écriture n'est pas fortuit ni un style de Notaire, & que comme c'est la femme qui donne lieu au douaire, c'est principalement pour elle qu'il est établi. Aussi l'on dit le douaire de la mere : & les enfans en se declarant douairiers, disent qu'ils se tiennent au douaire de leur mere. Et lorsque conformément à la clause de son contrat de mariage, elle a consommé son option entre le douaire préfix & le coutumier, il n'est pas permis aux enfans de faire un choix contraire. Il faut même observer que quoique les enfans se donnent cet avantage de dire qu'ils acceptent le douaire de leur mere, il est certain que ce sont deux titres differens que le douaire de la mere, & celuy des enfans. Car, premierement, les enfans ont souvent un douaire, que la mere n'en a point eu, à cause de son prédecés ; à la difference de l'augment de dot, qui doit passer par les mains de la mere, avant que de venir aux enfans. 2. Le douaire de la mere ne souffre aucune diminution par aucun rapport, au lieu que celuy des enfans se considerant comme une espece de succession & d'heritage, suppose des rapports des donations. 3. Le propre ameubli par le mari n'entre point dans le douaire de la femme, parce qu'il entre dans sa communauté, & qu'elle ne peut pas avoir deux titres lucratifs, & qu'enfin elle l'a exclu du douaire dés qu'elle en a voulu faire un conquest. Cependant si les enfans renonçoient à la succession de pere & de mere, rien n'empêcheroit qu'ils n'eussent leur douaire sur ce propre ameubli, dont l'ameublissement ne doit avoir lieu, que pour la communauté, & entre les contractans. Ces exemples

& plusieurs autres que l'on pourroit rapporter, montrent que le douaire de la mere, & celuy des enfans sont des titres differens susceptibles de préference, & qu'on y doit suivre l'ordre de l'écriture.

Ils ajoûtent, que le douaire de la mere doit estre consideré comme un titre onereux, au lieu que celuy des enfans est un titre lucratif: Or il est juste que le titre onereux, qui se trouve précéder dans l'ordre de l'écriture le titre lucratif, le précede aussi dans l'execution.

Enfin ils disent, que s'il y a quelques préjugez au Palais qui décident que le creancier d'une rente ayant cedé à un particulier les arrerages qui luy en estoient dûs, & à un autre particulier le principal de la rente: ces deux cessionnaires viennent en concurrence dans l'ordre des biens du debiteur, cette Jurisprudence est fondée sur ce que ces deux cessionnaires tirant également leur droit d'une même personne, il n'est pas juste qu'ils se fassent tort l'un à l'autre, & que le fond fasse obstacle aux arrerages & au transport qui en a esté fait, ni les arrerages au fond, auquel le cedant n'a pas entendu préjudicier, lorsqu'il a fait un transport des arrerages; au lieu qu'il n'est point vray de dire que les enfans tirent leur douaire de la mere, ni qu'ils le tiennent de ses mains. Aussi le coutumier est censé propre paternel, & non maternel dans la succession des enfans. Ainsi la raison qui a fait juger cela au Palais pour les arrerages cedez & transportez, cessant dans l'espece particuliere, il en faut revenir à la regle, qui veut que les arrerages passent avant le fond de la rente.

☞ Au milieu de toutes ces raisons, on peut dire qu'il y a un point fixe que les enfans ne tiennent point leur douaire de la mere; mais de la Loy ou du pere qui le constituent pour eux, aussibien que pour la mere: ils sont comme substituez à leur mere; mais ils tiennent le douaire de la liberalité de la Loy ou du pere, comme le substitué tient la chose de la liberalité du testateur. Le douaire est donc une même cause qui concerne plusieurs personnes successivement, & par consequent la joüissance de la mere qui doit joüir la premiere, ne doit point nuire à la proprieté des enfans qui doivent joüir aprés elle, & comme on luy défend les dégradations, on luy doit aussi défendre la consommation. Aussi il n'y auroit rien de plus injuste que de dire qu'une mere vivant extrêmement long-temps, pust consommer le fond du douaire qui doit tenir lieu d'alimens aux enfans. Il est donc juste de reduire la mere au simple usufruit de ce qu'il y a de biens.

62. Rachat du doüaire. A l'égard du rachat du douaire préfix, il fait toûjours difficulté pour sçavoir à quel taux il doit estre fait, à cause des préjugez: ce qui oblige de mettre d'abord la question en regle indépendamment des autoritez, qu'il faudra tâcher ensuite d'appliquer aux regles. Or la question dépend principalement de sçavoir de quelle nature est le douaire préfix: & il est indubitable qu'il n'est pas une rente constituée: puisqu'il n'est point créé à prix d'argent; aussi n'est-il sujet à aucun des quatre temperammens que le Droit Canon & l'Ordonnance ont établis pour les rentes constituées, ainsi il reste qu'il soit une espece de rente fonciere: ceci est donc un point fixe; quoiqu'il faut estre averti qu'on en permet quelquefois le rachat, sans qu'il y en ait de stipulation, ce que l'on a établi en faveur de la liberation, & pour le bien des familles.

Ce principe présupposé, ou le douaire préfix est stipulé rachetable, ou non. S'il est stipulé rachetable, ou le rachat est fixé dans le contrat de mariage à un certain taux ou à une certaine somme, auquel cas il faut executer la convention; ou il est stipulé rachetable en general, sans qu'il soit dit à quel taux, ni à quel prix, & en ce cas, il faut considerer le rachat comme forcé, & comme celuy d'une rente fonciere stipulée rachetable: Or pareil rachat se fait indubitablement au denier qui avoit cours lors de la constitution, parce qu'il se fait en vertu d'une clause expresse apposée à la constitution. Que si l'article 122. de la Coutume de Paris ordonne un rachat de rentes foncieres au denier vingt, c'est en faveur de la cause pie, & ne doit point estre tiré à consequence. Il ne faut donc point considerer, en ce cas, le temps du decés ni le taux courant, qui peut estre different de celuy qui avoit lieu au temps du decés; mais celuy de la constitution, comme on fait, quand on rachete une rente fonciere stipulée rachetable. La raison est, que celuy qui veut racheter en ce cas le douaire préfix n'a point tort, il ne demande point ce rachat contre la nature du douaire en question, & ne fait qu'executer la constitution, puisqu'il est stipulé rachetable. Ainsi il n'est point juste de l'obliger de racheter au denier fort.

Que si le douaire n'est pas stipulé rachetable, en ce cas, ceux qui le veulent racheter aux enfans douairiers, & malgré eux, doivent porter la peine de cette violence qu'ils font à la nature du douaire en question, & le racheter au denier fort, c'est-à-dire non seulement au denier qui avoit cours lors du decés; mais au denier qui a cours lors du rachat: & c'est l'espece d'un Arrest d'Audience rendu en la Grand'-Chambre le 5. Avril 1691. plaidans M. Robert & Maistre Pasquier.

Que si les enfans s'opposent à un decret pour leur douaire préfix, & qu'il s'agisse d'en fixer le rachat, s'il est stipulé rachetable en general, il ne leur est dû que le denier foible; Que s'il n'est point fait mention de rachat, en ce cas, quoiqu'ils s'opposent & demandent d'estre payez sur le prix des biens sujets à leur douaire, ils doivent avoir le denier fort: parce qu'ils font cette poursuite par necessité, & pour empêcher que leur douaire ne soit purgé par le decret, comme il le peut estre depuis qu'il leur est échû: ce qui a esté jugé par Arrest du 23. Juin 1663. rendu au profit de Dame Claire Eugenie Duhamel, veuve de Messire Antoine de la Vieville, Seigneur d'Orvillers, tutrice de leurs enfans mineurs.]



CHAPITRE VI.

De l'Edit des secondes Nôces.

LEs Loix & les Coutumes ne se contentent pas d'assurer une legitime & un douaire aux enfans, & des reserves aux collateraux, elles établissent encore une autre reserve ou legitime contre les secondes nôces. Surquoy nous avons l'Edit de l'an 1560. appellé l'*Edit des secondes Nôces*, que le Roy François II. nous donna à l'occasion du second mariage de Dame Anne d'Alegre, qui ayant sept enfans épousa Messire Georges de Clermont, & luy fit une donation immense: ce qui obligea le Roy, à la persuasion de Monsieur le Chancelier de Lhospital, de faire cet Edit, qui contient deux chefs.

Par le premier, il est défendu aux femmes qui se remarient, d'avantager leur second mari que conformément à la moindre portion que leurs enfans doivent avoir dans leurs biens: Et dans le second, il est établi que la mere qui se remarie est obligée de reserver aux enfans de son premier lit, les choses qu'elle a eues de la liberalité de son premier mari.

Le premier chef répond à la Loy *Hac edictali*, & le second à la Loy *Fœmina C. de secundis nuptiis*.

SECTION I.

Du premier chef de l'Edit.

VOiey les termes du premier chef: *Que les femmes veuves ayant enfans ou enfans de leurs enfans, si elles passent à de nouvelles nôces, ne peuvent & ne pourront en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens meubles, acquests ou acquis d'ailleurs, que leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, pere, mere, ou enfans desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse presumer estre par dol ou fraude interposées, plus qu'à un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans: & s'il se trouve division inégale de leurs biens entre leurs enfans, ou enfans de leurs enfans, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront reduites & mesurées à la raison de celuy des enfans qui en aura le moins.*

Pour examiner ce premier chef, il faut parler en premier lieu, des personnes qui y sont comprises pour pour ne pouvoir donner.

En second lieu, de celles à qui on ne peut donner.

En troisiéme lieu, des personnes en faveur de qui cette prohibition est établie.

En quatriéme lieu, des choses sujettes à cette prohibition.

En cinquiéme & dernier lieu, de la maniere d'executer cette prohibition.

DISTINCTION I.

Des personnes comprises en ce premier chef, pour ne pouvoir donner.

SOMMAIRE.

1. *Si les hommes sont compris en ce premier chef de l'Edit.*
2. *Resolution pour l'affirmative.*
3. *De celuy qui n'a point d'enfans de son premier mariage, ou dont les enfans meurent ou renoncent pendant son second mariage.*
4. *De celuy qui n'a que des filles qu'il a dotées en Coutumes d'exclusion.*
5. *De celuy qui n'a que des petits-fils.*
6. *Si le pere de celuy qui convole en secondes nôces, est prohibé de donner, & si sa donation sera reduite.*

Raisons contre la prohibition.

7. *Qu'en ce cas, la personne interposée auroit interest d'empêcher la fraude.*

Raisons pour la prohibition & la reduction.

8. *Que l'interposition des personnes s'entend, soit que l'on ait interposé un donateur ou un donataire.*
9. *Qu'il faut distinguer si la femme accepte la communauté de son mari, & la succession de son pere.*
10. *Quid si la femme accepte la communauté, & renonce à la succession du pere.*
11. *Quid si elle renonce à la communauté de son mari, & accepte la succession de son pere.*
12. *Quid si elle renonce à la communauté, mais a des enfans qui en profitent.*

1. Si les hommes sont compris en ce premier chef de l'Edit.

L'On voit en ce premier chef, qu'il n'y est fait aucune mention des hommes qui convolent en secondes nôces: & il sembloit par cette raison qu'ils n'y devoient pas estre compris: parce que l'Edit est une Loy penale, & que quand dans la seconde partie, il a voulu comprendre les hom-

mes, il en a fait une mention expresse. Aussi quand la Coutume de Paris a voulu ajouter une troisiéme disposition, obligeant la femme de reserver les conquests du premier mariage, l'on est convenu que parce qu'elle ne parloit que de la femme, elle ne devoit point s'étendre à l'homme, comme la Loy *Fœmine* ne parlant que de la femme, n'a point non plus esté étenduë à l'homme.

2. Resolution pour l'affirmative. Cependant l'on a décidé, que l'homme estoit compris sous cette prohibition, & que quand il se remarie, il ne peut pas avantager sa seconde femme, ou autre personne par elle interposée, audelà de ce qu'il laisse de ses biens, à celuy de ses enfans, qui en a le moins. Aussi la raison est égale, les deux sexes sont à peu prés aussi susceptibles l'un que l'autre, & la femme estant plus complaisante, & plus attirante, l'homme qui se remarie neglige les enfans de son premier lit, & fait alors par un excés d'amour, ce que la femme fait en pareil cas par un excés d'inconstance. Les Arrests y ont passé, il y en a un en forme de reglement du 18. Juillet 1587.

3. De celuy qui n'a point d'enfans de son premier mariage, ou dont les enfans meurent ou renoncent pendant son second mariage. L'homme ou la femme, qui n'a point d'enfans de son premier mariage, n'est pas prohibé de donner à son second conjoint; parce que la cause de la prohibition cesse en ce cas. Jusque-là que la mort naturelle ou civile de tous les enfans du premier mariage, fait valider la donation, quoiqu'elle arrive pendant le second; mais leur renonciation n'a pas le même effet, quoiqu'en autres matieres *renuncians pro nullo habetur*, parce que pour avoir renoncé ils n'en sont pas moins enfans, & que leur renonciation, si elle est exigée depuis le second mariage, est souvent un effet du peu d'affection du pere ou de la mere, qui est desapprouvé par la Loy. Aussi l'enfant qui a renoncé peut estre le moins prenant qui reglera la part du second conjoint. Nous examinerons dans la suite comment en ce cas du prédecés des enfans du premier lit, qui estoient lors du second mariage, on reglera la part du second conjoint.

4. De celuy qui n'a que des filles qu'il a dotées en Coutumes d'exclusion. Le pere ou la mere qui n'ayant que des filles, les a toutes mariées, & cela en des Coutumes où les filles sont excluses par leur dotation, n'est pas en liberté de tout donner à son second conjoint: car s'il ne luy vient point d'enfans mâles, les filles seront heritieres: s'il luy en vient de son second mariage, la moindre dot constituée aux filles, reglera la part du second conjoint, pourvû qu'elle équipole à la legitime des filles, *Ita tamen ut quarta pars quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullomodo minuatur*, dit la Loy *Hac edictali*.

5. De celuy qui n'a que des petits-fils. Enfin, les petits-fils qui restent à l'ayeul au lieu de ses enfans, doivent aussi arrester le cours de ses liberalitez, s'ils ne peuvent pas fixer celuy de ses affections: & il se fait en ce cas une representation à l'effet de l'Edit.

6. Si le pere de celuy qui convole en secondes nôces est prohibé de donner, & si sa donation sera reduite. On demande si le pere de celuy qui convole en secondes nôces est prohibé de donner au second conjoint, & si cette donation se mesurera comme celle de son fils, ou de sa fille, qui s'est remariée? Et cette question n'est pas des moins difficiles de la matiere: car tout ce qui est donné par

Raisons contre la prohibition.

Raisons contre la prohibition. le pere, n'est pas reputé donné par le fils: c'est pourquoy si un ayeul a donné à son petit-fils, le petit-fils n'est pas obligé de rapporter dans la succession du pere, à moins que le pere n'ait rapporté dans la succession de l'ayeul: que si le pere est fils unique, comme il n'a point fait de rapport, le petit-fils n'en fera point non plus dans sa succession.

D'ailleurs, il y a bien de la difference entre ce qu'un conjoint donne à l'autre; & ce que le pere d'un conjoint donne à l'autre conjoint, & la fraude ne se présume pas si aisément en ce dernier cas: parce que la personne interposée seroit la veritable partie pour empêcher l'effet de la fraude. Un pere ne refuse pas la main à son fils ou à sa fille pour recevoir en sa place, parce qu'il se porte naturellement à luy procurer du bien; mais il peut luy refuser sa mediation pour donner à son conjoint, & faire passer ses biens dans une autre famille. Que si le Droit a défendu au beau-pere de donner à son gendre en la Loy *Cum hic status §. 16. ff. de donat. inter.* cela venoit de la puissance paternelle, & de ce que le pere ne pouvoit donner ni à son fils, ni à sa fille qu'il avoit en sa puissance, *L. 1. ff. pro donato §. 1.* Et de fait, il y a en la même Loy plusieurs autres prohibitions, qui n'ont point de lieu parmi nous, & qui dérivent de la puissance paternelle: par exemple, il est défendu au frere de donner à la femme de son frere, quand les deux freres sont sous la puissance du pere. 7. Qu'en ce cas la personne interposée auroit interest d'empêcher la fraude.

Raisons pour la prohibition & la reduction.

L'on peut soutenir neanmoins, qu'une donation faite par le pere de la femme au profit de son second mari, est sujette à ce premier chef de l'Edit des secondes Nôces: & cela au cas même que la femme ait renoncé à la succession de son pere: parce qu'encore que l'Edit n'ait parlé que de l'interposition du donataire, qui preste son nom au conjoint, à qui l'on veut donner, il a parlé neanmoins en des termes si generaux & si absolus, qu'il est aisé de connoistre qu'il a voulu condamner toute sorte de fraudes, & d'interposition de personnes, soit que l'on ait interposé un donataire, ou un donateur: Aussi la Loy *Hac edictali* est conçûë en termes indéfinis, & condamne la fraude en general, *omni circumscriptione per interpositam personam; vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.* La Novelle 22. de Justinien, chap. 23. dit, *& non discernimus utrum ipsi hanc dederint pro se contrahentes; an aliqui alii pro ipsis hoc egerint.* Voyez Monsieur Cujas sur la Loy *Generaliter C. de secund. nupt.* & Aufrerius sur la quest. 337. *decis. Cap. Tholos.* A plus forte raison si la femme est heritiere de son pere: car en ce cas, ne fera-t-elle pas obligée au rapport de ce qu'il aura donné à son mari pendant sa communauté? Raisons pour la prohibition & la reduction. 8 Que l'interposition des personnes s'entend, soit que l'on ait interposé un donateur ou un donataire.

Cette question, à mon avis, dépend de sçavoir si la femme accepte la communauté d'entre son mari & elle, & la succession de son pere: car en ce cas, elle rapporte à la succession le total de la donation, & par consequent, elle est à cet égard donatrice de son mari: & cette donation, en ce qui en appartient au mari, est sujette à ce premier chef de l'Edit des secondes nôces. 9. Qu'il faut distinguer si la femme accepte la communauté de son mari, & la succession de son pere.

Que si la femme ou ses heritiers acceptant la communauté, renoncent à la succession du pere, alors c'est une question de sçavoir si la donation faite au gendre n'est pas encore reputée un avantage qui luy vient de sa femme: parce qu'elle ne renonce peut-estre à cette succession, que de crainte d'estre obligée au rapport de cette donation. Et j'estimerois que cela devroit passer pour un avantage sujet à l'Edit: parce que c'est un principe que toute personne qui renonce *aliquo accepto*, est reputée partagée, ensorte que ses enfans sont exclus de la succession. 10 *Quid* si la femme accepte la communauté & renonce à la succession du pere.

Que si la femme renonçant à la communauté acceptoit la succession de son pere, je n'estimerois 11. *Quid* si elle renon-

ce à la communauté de son mari, & accepte la succession de son pere. pas cela un avantage sujet à l'Edit. Le mari parmi nous n'estant point une personne prohibée à l'égard du beau-pere, & ce que le beau-pere donne à son gendre n'estant point reputé donné par la fille, si ce n'est qu'elle le rapporte à la succession, comme acceptant la communauté de son mari, & la succession de son pere, ou que comme acceptant au moins la communauté, elle profite de la chose qui luy tient lieu de sa part en la succession de son pere.

11. Quid si elle renonce à la communauté; mais a des enfans qui en profitent. Que si neanmoins dans ce même cas que la femme renonce à la communauté de son mari & accepte la succession de son pere, elle a des enfans, qui doivent profiter, ou qui ont déja profité de la chose, comme elle est obligée de rapporter à la succession de son pere, de crainte que l'on élude la Loy du rapport: Aussi cette donation doit passer pour un avantage reductible.

Lorsque nous parlons de donations faites par les parens de celuy qui a convolé en secondes nôces, nous n'entendons pas y comprendre les simples presens de nôces qui sont faits reciproquement par les parens des conjoints, & qui entrent en communauté. Car quoique ceux qui sont faits par les parens de celuy qui se remarie, excedent de beaucoup, ce ne sera point une occasion de reduire la communauté, comme trop avantageuse en ce chef au second conjoint, si elle est d'ailleurs égale. Que si ces presens sont faits en particulier au second conjoint, si ce ne sont que des bagues & joyaux, ils sont sans consequence: Que si la donation est de choses plus considerables, même d'une somme de deniers avec stipulation de propre au second conjoint, il faut examiner les circonstances, pour juger si le donateur n'a point presté son nom au mari, auquel cas *omissa interpositi, capientis persona spectatur*, dit la Loy *Cum detem 57. ff. ad legem falcidiam.*

DISTINCTION II.

Des personnes à qui l'on ne peut donner audelà de la part du moins prenant.

SOMMAIRE.

1. *Celuy qui se remarie peut donner à un étranger.*
2. *Si les enfans du second mariage sont prohibez.*
3. *Autoritez des Docteurs.*
4. *Des circonstances qui font juger ces donations frauduleuses, & premierement de la donation aux enfans du futur mariage.*
5. *Que cette circonstance seule ne suffit pas.*
Quand l'espece est toute simple, il faut conclure contre la reduction.
6. *Autre cas, où les enfans communs souffrent le retranchement de leurs droits.*
7. *Qu'il n'est pas permis de donner aux enfans du premier lit du second conjoint.*
8. *De l'article 283. de Paris.*
9. *Jurisprudence de Toulouse sur ce point.*
10. *L'on ne peut donner aux pere & mere du second conjoint.*

1. Celuy qui se remarie peut donner à un étranger. Le second conjoint est la premiere personne prohibée, & nul autre ne l'est qu'à cause de luy: c'est pourquoy celuy qui convole en secondes nôces peut donner son bien à un étranger, pourvû que ce ne soit pas une personne interposée, & qui preste son nom au second conjoint.

2. Si les enfans du second mariage sont prohibez. On demande si les enfans du second mariage sont compris dans cette prohibition, & il sem-

Raisons contre la prohibition.

ble qu'ils n'y sont pas compris: car si d'un côté on les considere comme les enfans du second conjoint; de l'autre on les peut regarder comme les enfans de celuy qui a passé à de secondes nôces, & comme des objets legitimes de ses liberalitez; si les enfans de celuy à qui il est défendu de donner, sont ordinairement compris dans la prohibition; aussi rien n'est plus legitime que de donner à ses propres enfans: & toutes les Loix autorisent que les pere & mere previennent le cas de leur succession, par des donations entre leurs enfans, qui ne ne produisent point entr'eux une injustice formelle & une lesion évidente. Il faut prendre en toutes choses, autant qu'il est possible, l'interpretation la plus favorable: Or il est bien plus favorable de dire que ces donations se font par la charité du sang, que de dire qu'elles se font par suggestion: & quoique le chapitre dernier de la Novelle 22. *de nupt.* conseille aux peres de garder l'égalité entre les deux lits, & dit qu'en usant ainsi de leur pouvoir, ils imitent la prudence de la Loy, & meritent le titre de bons & de justes; neanmoins c'est une simple invitation; & non un commandement absolu: & ce même texte permet au pere de reduire ceux de ses enfans que bon luy semblera, soit du premier, soit du second lit, à leur legitime.

Aussi nos Docteurs, & entr'autres Monsieur Cujas sur la Loy *Hac edictali C. de secund. nupt.* ayant agité cette question, ont esté d'avis que ce cas n'estoit point compris dans l'Edit: ce que j'estime devoir avoir lieu, pourvû que les enfans n'ayent point servi de prétexte, pour donner au second conjoint, *si color non fuerit quaesitus*, comme dit la Loy *Item si 7. ff. de Senat. Maced.* & plus particulierement pour l'espece, la Loy *Sulpitius 49. ff. de donat. Item, si color vel titulus, ut sic dixerim, sit donationi quaesitus, nihil valebit traditio, id est si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus:* Or l'on doit juger de cette fraude par les circonstauces particulieres. 3. Autoritez des Docteurs.

Quelques-uns estiment que la circonstance la plus pressante est, lorsque la femme qui se remarie donne par avance aux enfans de son futur mariage: & c'est le sentiment de Paul de Castres en son conseil 173. & de Maistre Charles du Molin, sur le conseil 248. de Decius, parce que les enfans à naistre n'ayant pû meriter sa bien-veillance, elle n'a pû regarder que le second mari: mais il semble au contraire que c'est dans ces sortes de donations que la prudence de la mere paroist davantage, parce qu'elle ne peut assûrer trop tost la subsistance des enfans, dont elle ne voit pas toûjours l'établissement: ainsi cette présomption n'est pas suffisante, si dans la suite cette donation faite aux enfans à naistre, ne profite au mari, au moyen de la garde-noble, ou de la garde-bourgeoise, ou 4. Des circonstances qui font juger ces donations frauduleuses, & premierement de la donation aux enfans du futur mariage. 5. Que cette circonstance seule ne suffit pas.

tout autre usufruit, comme en l'espece de l'Arrest du Journal du Palais, du 15. Février 1674. où le pere qui se remarioit estant beaucoup plus âgé que sa seconde femme, donnoit aux enfans à naître, avec reserve d'usufruit au profit du survivant des deux conjoints, & dans celle de l'Arrest du 3. Aoust 1647. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sous la lettre N. nomb. 1. où la donation devoit passer même aux heritiers collateraux du second mari. Et il faut encore avec cela que la femme n'ait pas eu de justes occasions de diminuer les droits des enfans de son premier lit, & de les reduire à leur legitime: car s'ils avoient merité sa disgrace, ou s'il n'y avoit qu'une fille du premier lit: Enfin le moindre sujet legitime de verser ses graces plustost sur les enfans du second, que du premier lit, rend la disposition exempte de soupçon de fraude & toutes les fois que la mere a eu sujet de s'attacher aux enfans de son second lit, & de se détacher de ceux du premier, la donation faite aux enfans du second lit, n'est point présumée faite en faveur de son second mari, parce qu'entre des présomptions, celles qui vont à faire subsister un acte legitime, doivent prévaloir sur celles qui vont à la détruire: ce qui a esté jugé par un Arrest du 19. Juillet 1659. par lequel une donation de trois Terres faite par Monsieur de la Grange, Maistre des Comptes, par le contrat de son troisiéme mariage en faveur des enfans qui en naîtroient, a esté confirmée, la Damoiselle de la Grange, & le sieur de Frontenac Parties plaidantes. Voyez Monsieur Loüet & Brodeau, lettre N. nomb. 1. Que si l'espece est toute simple, & sans aucunes circonstances particulieres, il faut conclure pour la donation & contre la reduction, puisque le donateur se considere luy même, plustost que son second conjoint, quand il donne aux enfans, qu'il espere de son mariage, quand il étend ses soins sur la posterité, quand son amour paternel prévient la naissance de ses enfans, à quoy les Loix non-seulement l'invitent, mais l'obligent quelquefois: comme dans le cas de la Loy *Si unquam C. de revoc. donat.* où l'on juge. que celuy qui estoit encore dans le celibat, a dû se souvenir qu'il pouvoit devenir pere, & sur ce fondement donner des bornes à des liberalitez & à des affections étrangeres.

Quand l'espece est toute simple, il faut conclure contre la reduction.

Il faut dire en consequence des principes qui viennent d'estre établis, que quand c'est la femme qui se remarie en païs de Droit écrit, la donation est suspecte: parce qu'en donnant aux enfans de son futur mariage, elle donne à son second mari, à cause de la puissance paternelle.

6. *Autre cas où les enfans communs souffrent le retranchement de leurs droits.*

Il y a encore un cas où les enfans du second lit souffrent necessairement le retranchement de leurs donations en vertu de l'Edit, lorsque le mari a constitué à sa seconde femme un douaire excessif, lequel est moderé dans la suite: car le droit que les enfans ont, même du vivant du pere & de la mere sur le fond du douaire, reçoit necessairement une diminution semblable, à celle de l'usufruit de la mere, selon l'Arrest de la quatriéme Chambre des Enquestes du 18. Juillet 1615. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la let. N. de Monsieur Loüet, nomb. 3. & hors ces cas particuliers les donations faites aux enfans communs, ne sont point reputées comprises dans l'Edit.

7. *Qu'il n'est pas permis de donner aux enfans du premier lit du second conjoint.*

Que s'il est permis de donner aux enfans communs, qui ne sont point reputez personnes prohibées & sujettes à la reduction du premier chef de l'Edit, il n'en est pas de même à l'égard des enfans du premier lit du second conjoint. Car si quelqu'un ayant des enfans d'un premier lit & ayant convolé en secondes nôces, avec une personne qui en a aussi, donne aux enfans du premier mariage de ce conjoint, la donation est sujette à l'Edit, soit qu'il y ait des enfans de ce second mariage; soit qu'il n'y en ait point: parce que c'est à peu prés la même chose de donner à son second conjoint, ou de donner à ses enfans. L'article 283. de la Coutume de Paris y est précis, quoiqu'il semble desirer pour cette prohibition qu'il y ait des enfans du second mariage: En quoy il n'a pas esté suivi dans les autres Coutumes. Quelques-uns ont crû même que ces termes, *au cas qu'ils, ou l'un d'eux*, ne signifiöient autre chose dans cet article, sinon au cas que le donateur ait des enfans, & en ce sens l'article qui permet tacitement de donner pendant le mariage aux enfans du conjoint, pourvû que le donateur n'en ait point, ne doit point encore estre suivi; parce que c'est la même chose de donner à sa femme, ou de donner au fils de sa femme; & tout cela ne se peut durant le mariage.

8. *De l'article 283. de Paris.*

Pour ce qui est de l'Edit, il comprend les enfans du second conjoint dans sa prohibition, comme le second conjoint même. Et à leur égard, il ne faut point examiner s'ils prêtent leur nom: leur qualité suffit pour soumettre les donations qui leur sont faites à la disposition de l'Edit, & au retranchement qui se fait en vertu du premier chef.

9. *Jurisprudence de Toulouse sur ce point.*

L'on juge dans le Parlement de Toulouse contre nôtre décision principale, que celuy qui a passé à de secondes nôces, peut donner aux enfans du premier lit de son conjoint. Il y en a un Arrest dans Monsieur de Cambolas liv. 5. chap. 8.

10. *L'on ne peut donner aux pere & mere du second conjoint.*

A l'égard des pere & mere du second conjoint si le donateur a des enfans de son premier mariage, il ne pourra pas donner aux pere & mere de son second conjoint; ou au moins cette donation sera reputée faite au second conjoint, & sujette à la reduction de ce premier chef de l'Edit, qui est formel sur ce sujet. Il ne faut point non plus d'examen sur une donation de cette nature, elle est sujette au retranchement dés qu'elle se trouve faite au pere ou à la mere du second conjoint.

L'Edit ne détaille que les personnes les plus proches qui sont les pere & mere, & les enfans de la personne prohibée, à l'égard desquelles leur qualité suffit pour soumettre leurs donations au retranchement; parce qu'il les considere comme le second conjoint même, lequel ils representent. Pour ce qui est des autres qui peuvent prêter leur nom, l'Edit les comprend sous ce terme general, *aux autres personnes qu'on puisse présumer estre par dol ou fraude interposées*: ainsi la question est toûjours à leur égard dans les circonstances particulieres, dont on veut induire la fraude.

DISTINCTION III.

Des personnes en faveur de qui cette prohibition est établie.

SOMMAIRE.

1. Ce premier chef est principalement en faveur des enfans du premier lit.

IL a déja esté dit, que ce premier chef est établi en faveur des enfans du premier lit, qu'il n'a pas lieu quand il n'y en a point, ou quand ils se trouvent decedez sans enfans, lors de la mort de celuy qui s'est remarié. Nous établirons neanmoins incontinent, que quand il y a des enfans du premier lit, qui font retrancher les donations, ceux du second en profitent également.

2. S'il est necessaire que les enfans soient heritiers pour profiter de ce retranchement.

Il faut examiner cependant s'il est necessaire que les enfans soient heritiers, pour profiter de ce retranchement. Et il est constant que non, suivant la Loy *Hac edictali §. extantes*, & selon l'Authentique *heres C. de secundis nupt.* & quand ils prennent ce même retranchement, & qu'ils sont heritiers, ce n'est pas comme heritiers qu'ils le prennent; mais comme enfans. La Loy *Hac edictali*, & l'Edit de 1560. le leur donnent en cette seule qualité. Voyez la section 2. de ce chapitre, distinction premiere. Aussi ce profit ne les oblige point aux dettes qui sont posterieures à la donation: & le creancier qui seroit toûjours frustré par la donation anterieure, quand elle ne recevroit pas d'atteinte, leur envieroit à tort ce retranchement: ce qui se juge aussi dans les Parlemens de Droit écrit au rapport de Monsieur de Cambolas, livre 2. chapitre 56.

3. Ce retranchement ne fait point partie de la succession *ab inteſtat*, & ne s'impute pas sur la legitime.

Ce retranchement ne s'impute point sur la legitime des enfans: dautant que c'est un profit qui leur vient directement de la disposition de la Loy.

4. Que la legitime de droit se prend avant ce retranchement.

La legitime se prend sur la donation entiere & avant que ce retranchement en ait esté fait, & cela par une pratique opposée à ce qui s'observe dans les reserves coutumieres des propres, dont le retranchement se fait avant que l'on prenne la legitime de droit. Et la raison de difference est, que ce qui est sujet à la reserve coutumiere des propres ou autres biens, fait partie de la succession *ab inteſtat*, & ainsi doit estre épuisé avant que l'on donne atteinte aux donations pour la legitime de droit; mais ce qui est sujet à ce retranchement de l'Edit des secondes nôces, n'est point de la succession *ab inteſtat*. Ainsi le fils prend d'abord dans la Coutume de Paris à titre de legitime la moitié de ce qu'il auroit eu sans les dispositions, & la donation faite au second conjoint peut souffrir un premier retranchement de ce chef, s'il n'y a pas dans la succession *ab inteſtat* dequoy fournir cette legitime de droit: & ce qui reste de la donation, souffre ensuite le retranchement de l'Edit, si l'enfant n'a pas dans la legitime de droit, qu'il a prise sur les biens extans & sur toutes les donations, la valeur de ce que le second conjoint a eu à titre de donation. Voyez cy-aprés la distinction 5. nomb. 24. & dernier.

5. Que la representation a lieu dans le partage de ce retranchement.

Il faut observer neanmoins, qu'encore que les enfans ne soient point obligez de se declarer heritiers, pour profiter de ce retranhement, ils ne laissent pas de venir dans le second degré par droit de representation, & par souches, quand ils viennent avec des oncles ou qu'ils sont de differentes branches. La raison est que la representation est naturelle en ligne descendante, la nature subrogeant les enfans au lieu du pere, & le droit civil, qui regle la representation, ne faisant que declarer ce qui se passe, & ce que tout le monde

monde reconnoît dans les voyes du sang. C'est pourquoy si l'Edit ni la Loy *Hac edictali* n'ont point reglé la question, il s'en faut rapporter au droit general, & à la disposition de la Novelle 118. chapitre 1. ou plûtost au droit naturel, qui subroge les enfans au pere, non seulement dans les successions, mais dans les choses, qui imitent les successions, & qu'il leur destine en qualité d'enfans & par droit du sang. C'est pour cela que la representation a lieu, non seulement dans la legitime, qui demande qu'on soit heritier, mais encore dans le douaire qui demande une renonciation à la succession. La Coutume de Poitou, article 333. l'établit dans le retrait, les Arrests ont jugé qu'elle a lieu dans la presentation à un Benefice, dont le droit est attaché à une famille; le Prestre Cent. 2. chap. 52. & dans les dispositions testamentaires au profit de la famille, ou dans les fideicommis conditionnels faits au profit des enfans en nom collectif. Elle auroit aussi lieu pour une reparation civile ajugée aux enfans pour la mort de leur pere, quoiqu'ils renonçassent à sa succession. Enfin tous les droits du sang se partagent par representation, dans les degrez où elle a lieu pour les successions.

Que si la mere qui s'est remariée n'a laissé que des petits enfans d'un fils unique qui estoit prédecedé, la representation n'a plus lieu, en ce cas, ni pour le partage du retranchement dont il s'agit, ni pour regler la donation faite au second conjoint. Voyez-cy-aprés, distinction 3. nomb. 20. & 21.

6. Digression touchant la legitime. L'on a vû de nos jours mettre la legitime sur le pied de ce retranchement, par ceux qui ont pretendu qu'elle appartient aux enfans comme enfans, & il s'est glissé une opinion au Palais, qu'en renonçant à la succession, l'on pouvoit obtenir sa legitime : ce qui est contre toutes les regles, la legitime n'estant dûë aux enfans qu'à titre d'heritiers, & celuy-là se plaignant inutilement des dispositions qui blessent sa legitime, lequel declare qu'il ne veut point de la succession : Aussi ce retranchement & la legitime sont affaires bien differentes à cet égard : car il y a disposition expresse qui permet d'obtenir ce retranchement sans estre heritier, & au contraire il y a disposition formelle qui veut que l'on ne puisse demander sa legitime qu'à titre d'heritier, comme il a esté dit en ce même livre, chap. 3. de la Legitime, section 1. nomb. 9. & suivans.

7. Qu'il faut pouvoir estre heritier pour profiter de ce retranchement. Nostre retranchement ne se donne pas même à tous les enfans qui ne sont point heritiers. Car il faut au moins la disposition prochaine pour estre heritiers : Ainsi le bâtard, le Religieux, le banni à perpetuité, & celuy qui est condamné aux galeres perpetuelles, ne profitent point de ce retranchement : L'exheredé n'y a rien non plus, selon la Loy 10. *C. de secund. nupt.*

8. Si la fille qui a renoncé est excluse de ce retranchement. A l'égard de la fille qui renonce, si elle a des freres du même lit, qui se portent heritiers, elle en est encore excluse : car comme en consequence de la renonciation, elle n'auroit rien dans les biens de sa mere, au cas qu'elle n'eût pas contracté un second mariage; aussi elle ne doit rien avoir au cas que sa mere se remarie, parce qu'elle ne doit pas tirer avantage de ce second mariage. Ainsi ses freres qui se portent heritiers profiteront seuls de ce retranchement. Maistre Claude Henrys est pourtant de contraire avis, tom. 1. liv. 4 chap. 6. qu. 62. & tient indistinctement que la fille qui a renoncé, partage l'augment de la dot de sa mere & le retranchement de l'Edit : Autant en dit Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 17.

Que si tous les freres germains avoient renoncé, ils profiteroient tous également de ce retranchement, l'heritier n'estant plus opposé au renonçant, & ne luy faisant plus d'obstacle, comme il sera expliqué en parlant du second chef de l'Edit. D'ailleurs, les renonciations des enfans du premier lit n'estant pas ordinairement présumées faites au profit des enfans du second : ce qui est traité au même endroit & dans le Chapitre des Renonciations, sect. 1. liv. 3. 9. *Quid* si tous les freres renoncent.

Que si la fille unique du premier lit a renoncé, ou elle a des freres du second mariage, ou elle n'en a point. En ce dernier cas, elle peut demander le retranchement de l'Edit, parce que sa renonciation est inutile. Au premier il faut distinguer : car si elle a esté mariée, & a renoncé avant le second mariage, comme elle n'est pas reputée avoir renoncé en faveur des enfans d'un autre mariage, & que sa renonciation est aussi inutile; elle pourra demander le retranchement : Que si elle a renoncé depuis le second mariage de sa mere, en ce cas, comme on ne peut point dire que la fille eût esté excluse, quand sa mere n'auroit point contracté ce second mariage, dont elle ne devroit pas profiter, tant parce qu'on la suppose unique du premier, que parce qu'elle n'a renoncé que depuis le second mariage, je tiens qu'elle viendra en concurrence pour ce retranchement avec les enfans du second lit : ensorte que la fille qui renonce, n'est jamais excluse de ce retranchement que par ses freres germains. 10. *Quid* si la fille unique du premier lit a renoncé.

L'on peut demander à present, si ce qui se retranche de la donation faite au second mari, ou aux personnes par luy interposées, appartient aux enfans du premier lit seulement, ou aux enfans du premier & du second, ou bien si cela se regale entre le second mari & les enfans des deux lits. 11. Si les enfans du second lit partagent ce retranchement avec ceux du premier.

Pour les enfans du premier lit.

Si l'on s'attache aux termes de la Loy *Hac edictali*, elle dit simplement *ad personas deferri liberorum*, mais comme elle n'a parlé jusques en cet endroit que des enfans du premier lit, l'on peut conclure que ces mots ne se rapportent qu'à eux. Aussi la Loy *Quoniam* du même titre, qui est posterieure, & qui établit le partage entre les deux lits, en abrogeant à cet égard la Loy *Hac edictali*, suppose que par les Loix précedentes, le retranchement ne se faisoit qu'en faveur des enfans du premier lit; mais l'ancien Droit a esté rétabli par la Novelle 22. chapitre 27. Tellement que l'on peut dire que selon le premier & le dernier droit, les enfans du second lit n'ont point de part à ce retranchement: Ainsi il reste de sçavoir si ce droit a dû estre suivi, & s'il a esté actuellement observé parmi nous, ou si l'on doit adherer à la Loy *Quoniam*, qui est le droit mitoyen : Or cela doit faire peu de difficulté pour le païs de Droit écrit, puisqu'il vient d'estre dit, que le dernier Droit est formel pour les enfans du premier lit, & qu'il a voulu les recompenser en leur donnant ce retranchement de la perte que leur cause le second mariage de leur pere, ou de leur mere, que la glose de la Loy *Hac edictali vers. sin verò* le declare ainsi, & que d'ailleurs, on observe l'Edit avec plus d'exactitude & de rigueur en païs de Droit écrit, qu'en païs coutumier, parce qu'on y juge, que le douaire ou augment de dot y est sujet, Monsieur de Cambolas, livre 2. chapitre 36. Basset tom. 1. liv. 4. titre 4. chapitre 4. ce qui n'a pas lieu en païs coutumier, au moins à l'égard du douaire coutu- Raisons pour les enfans du premier lit. 12. La disposition de l'ancien & du nouveau Droit n'est que pour ceux du premier lit.

mier, ou du préfix, qui n'excede pas le coutumier. Aussi les Parlemens de Droit écrit ne font pas de difficulté de juger cette question en faveur des enfans du premier lit, il y en a un Arrest du Parlement de Toulouse en datte du 6. Juillet 1632. rapporté par Monsieur d'Olive.

Maistre Claude Henrys, tom. 1. liv. 4. chap. 6. qu. 58. marque que c'est l'usage de ces Provinces; & Maistre Julien Brodeau, sur la lettre N. de Monsieur Loüet nomb. 3. Arr. 7. en rapporte un du 4. Juillet 1606. par lequel la Cour a décidé la même chose sur l'appel d'une Sentence arbitrale renduë à Lyon.

Enfin, il seroit difficile de s'écarter de cette resolution en païs coutumier, parce que l'Edit n'ayant point décidé la question, & ayant loüé & approuvé la disposition du Droit, il semble qu'en païs coutumier on se doit rapporter à la Novelle pour les cas que l'Edit peut avoir obmis, d'autant plus que ce qu'il y a de préjugez dans les livres sur cette question, y sont conformes, & qu'il y a peu d'Arrests qui ayent jugé le contraire, non pas même pour le païs coutumier.

Pour les enfans du second lit.

Raisons pour les enfans du second lit.

Il faut avouer cependant, que l'ancien & le nouveau Droit ne paroissent pas des plus équitables, puisqu'ils produisent de l'inégalité entre les deux lits, & par ce moyen en reparant l'injustice faite aux enfans du premier lit, ils en font une à peu prés semblable aux enfans du second. D'ailleurs, souvent en appliquant ainsi ce retranchement aux seuls enfans du premier lit, la legitime des enfans du second se trouve blessée, & pour la fixer, il faut faire entrer dans la supputation qui s'en fait, les biens compris dans ce même retranchement: C'est pourquoy plusieurs prétendent qu'on n'a point dû en France, même pour les Provinces de Droit écrit, adherer à la Novelle 22. d'autant plus que nous traitons favorablement les enfans du second lit, en ce que nous n'assujettissons point à ce premier chef de l'Edit, les donations faites à leur profit. Que s'il est permis d'avantager les enfans du second lit, au préjudice de ceux du premier, à plus forte raison sans des dispositions contraires, doivent-ils estre traitez également, & doivent-ils entrer en participation du profit qui vient de ce retranchement.

13. Inconveniés qu'il y avoit dãs le premier & le dernier Droit.

14. Que la Jurisprudence des Arrests s'est attachée à la Loy *Quoniam.*

Enfin, il y a quelques Arrests qui ont jugé que la Loy *Quoniam* prévaut chez nous à la Novelle 22. chap. 27. Et entr'autres un rendu en la premiere des Enquestes le 27. Mars 1610. au profit d'un nommé Queslet de Mascon, & rapporté dans une Note marginale sur le chapitre 49. de la premiere Centurie de Monsieur le Prêtre, quoiqu'il y en ait un du 4. Juillet 1606. rendu sur un appel de Lyon, & rapporté par Maistre Julien Brodeau sur Monsieur Loüet, lettre N. nomb. 3. Arr. 7. qui a jugé le contraire, & qui a preferé la fille du premier lit; mais la chose ayant esté agitée à l'Audience de la Grand'Chambre le 2. Janvier 1659. plaidans en une cause du païs de Droit écrit, Maistre Langlois & Maistre Petitpied, l'affaire fut appointée.

15. Jurisprudence contraire des Parlemens de Droit écrit.

Cependant il se voit, que dans les Parlemens de Droit écrit l'on s'attache à l'ancien Droit, & à la Novelle 22. chap. 27 en s'éloignant du Droit mitoyen & de la Loy *Quoniam C. de secundis nupt.* Il y en a des Arrests dans Monsieur de Cambolas livre 4. chap. 18. dans Maistre Claude Henrys, & dans Bechet en son Traité des secondes nôces chapitre 22. ☞ Quoique Monsieur d'Olive liv. 3. ch. 15. en rapporte un du Parlement de Toulouse, qui ajugea le retranchement des avantages faits à un troisiéme mari, tant aux enfans du second, qu'à ceux du premier lit: ce qui confirme encore cette Jurisprudence mitoyenne.]

16. Que les Loix *Hac edictali & faminae* ont esté faites pour les enfans du premier lit.

La raison la plus considerable à laquelle ces Parlemens s'attachent est, que ce sont les enfans du premier lit, *propter quos hoc observatum est*, & qui ont donné lieu à l'Edit & à cette réduction, qui est une des peines des secondes nôces, lesquelles semblent ne devoir pas profiter aux enfans du second lit, & cette raison jointe avec la disposition de l'ancien & du nouveau Droit, fait que cette opinion a ses sectateurs au Palais, mais l'opinion contraire m'a toûjours paru la plus équitable à cause qu'elle établit l'égalité, & que l'Edit ne décidant pas la question, semble laisser le retranchement dans la succession du pere, pour estre partagé comme ses autres biens. Et il y a lieu de croire que non seulement on ne s'en éloignera jamais pour le païs coutumier, où l'égalité entre enfans est en grande recommandation, mais encore qu'à l'égard des Provinces de Droit écrit, l'on y rétablira la disposition de la Loy *Quoniam C. de secund. nupt.* comme on a commencé de faire par l'Arrest du 12. Mars 1610.

17. Coment se partage le retranchement de l'Edit entre ceux qui y sont appelez.

☞ Il est certain que quand ceux qui viennent au retranchement de l'Edit sont heritiers, ils le partagent comme les successions, quoique sans droit d'aînesse, mais la difficulté est de sçavoir si cela a lieu quand le retranchement appartient à des renonçans: pour sçavoir, par exemple, si les petits-fils y viendront par representation, & il faut conclure pour l'affirmative: car la representation n'est pas attachée à la qualité d'heritier, mais a lieu dans les choses qui viennent *jure sanguinis*, comme dans les reparations civiles: même dans les choses qui sont stipulées par un contrat, mais qui sont fondées neanmoins dans le Droit du sang: par exemple, dans le douaire.]

18. Si le convolant peut arguer luy-même l'excés de la donation qu'il a faite.

Au reste, il semble que celuy qui a convolé en secondes nôces venant à survivre au second conjoint, peut arguer luy-même l'excés de la donation qu'il luy a faite, dont la prohibition paroît fondée sur un interest public.

19. Que le second mari a aussi sa part du retranchement.

A l'égard du second mari on peut demander s'il ne doit pas avoir sa part dans ce retranche-

Raisons pour l'affirmative.

Raisons pour l'affirmative.

ment? Et j'estime qu'on ne luy doit pas ôter tout ce qu'il a audelà de la moindre portion des enfans, mais qu'il luy faut laisser sa part dans cet excedant: ensorte qu'il soit entierement égalé au moins prenant: par exemple, si l'on suppose qu'il y ait trois enfans, & que le moins prenant des enfans n'ayant que dix mille écus, la femme ait donné quarante mille livres à son second mari, il faudra laisser trente-deux mille cinq cens livres au second mari: ce qui est appuyé de l'équité, de l'esprit & des termes de la Loy: de l'équité, puisque s'agissant de réduire des liberalitez qui sont permises par le Droit commun, l'on ne doit pas les restraindre audelà de ce que la Loy a desiré, cette restriction estant une peine, à laquelle il n'est pas permis de rien ajoûter. Et comme le Droit a voulu réduire le mari à la part du moins prenant des enfans, il doit pour le moins luy estre égalé en tout, ce qui n'arriveroit pas, si les dix mille livres se partageoient entre les enfans, le second mari n'y prenant aucune part. Aussi l'esprit de l'Edit est conforme à nostre opinion, puisqu'on n'a eu en pensée, en composant l'Edit, que de conserver le droit des enfans, & d'empêcher que le second mari ne fût plus avantagé qu'au-

20. Que l'esprit de l'Edit est en cela pour le second mari.

cun d'eux : ce qui est en conformité de la Loy *Hac edictali*, & de la Loy *Fœmina C. de secundis nupt.* Et à l'égard des termes ils sont formels, puisqu'ils défendent de donner au mari plus qu'à un des enfans, & ajoûtent, que *si les enfans ne sont pas partagez également, les donations seront réduites & mesurées à la raison de celuy des enfans qui en aura le moins.* Or il est impossible d'accorder l'execution de cet Edit avec l'opinion de ceux qui ne veulent pas que le second mari conserve sa part de cet excedant : car si dans l'espece proposée le moins prenant a trente-trois mille livres & plus, & que le mari n'ait que trente mille livres, il n'est point vray de dire que la donation du second mari *soit reduite & mesurée à la raison de celuy des enfans qui en aura le moins.*

21. Et les termes de la Loy *hac edictali.* Les termes de la Loy *Hac edictali* ne s'accordent pas non plus avec l'opinion contraire, puisqu'en défendant de donner au second mari plus qu'au fils, ou à la fille du premier lit, elle permet de les égaler, non plus qu'à l'Authentique 22. *de nupt.* chap. 27. qui aprés avoir réduit le second mari à la part du moins prenant, dit, que ce qui luy est donné audelà, passe pour non écrit, *quod plus est in eo quod relictum vel datum est, omnino aut novercæ aut vitrico, ac si neque scriptum neque relictum aut datum vel donatum, competit filiis, & inter eos solos ex æquo dividitur :* Or cet excedant est ce qui a esté donné dans l'espece particuliere audelà de trente-deux mille cinq cens livres, & c'est ce qui se doit partager également entre les enfans. Car le second mari, tant qu'il demeure reduit à cette somme, n'a aucun avantage sur le moins prenant, mais si on luy laissoit moins, il ne seroit pas tant vray qu'il ne seroit plus avantagé que le moins prenant, qu'il seroit vray de dire, qu'il auroit moins que luy, & la Loy en défendant de donner plus, n'a pas entendu qu'il fût necessaire de donner moins, puisqu'elle a parlé d'égalité. En un mot, l'excés de cette donation n'estant que de sept mille cinq cens livres, le surplus doit estre conservé au second mari, puisque la Loy n'est faite que pour luy oster ce qu'il a de trop.

22. Si ne restant plus que des enfans du second lit, ils peuvent demander ce retranchement. Nous avons dit cy-dessus, que la mort des enfans du premier lit fait cesser ce retranchement, mais cela s'observe-t-il au cas qu'il y ait des enfant du second mariage, ou ceux-cy feront-ils réduire les donations faites à leur propre pere ? D'un côté il semble qu'ils le puissent, puisqu'ils participent au retranchement, & en partagent le profit avec les enfans du premier lit, quand il y en a ; de l'autre il semble qu'il y ait de l'inconvenient de donner ce retranchement quand il n'y a plus d'enfans du premier lit, pour lesquels principalement cette établissement a esté fait, & de permettre que l'enfant du second mariage cause cette perte à son propre pere.

23. Que les enfans du second lit ne viennent que par occasion à ce retranchement. Aussi tout bien consideré, les enfans du second lit ne viennent que par occasion à ce retranchement, & à la faveur des enfans du premier lit, *propter quos hoc observatum est*, ils n'y viennent pas *primariò*, mais *secundariò*, & à la faveur d'autruy, & comme s'il n'y avoit jamais eu d'enfans du premier lit, l'on ne pourroit pas prétendre que ce retranchement eût lieu, puisqu'un second ou un troisiéme mariage passe pour un premier, quand il n'y a point eu d'enfans du premier lit, aussi les enfans du premier lit estant decedez lors du decés de la mere, qui a convolé en secondes nôces, qui est le temps que l'on considere uniquement il n'y a plus de retranchement, ni d'Edit à observer.

☞ Cependant s'il y a des filles du premier lit qui ayent renoncé au profit des mâles, & qu'il n'y ait que des mâles du second lit, ceux-cy profiteront de ce retranchement : car ces filles, quoique renonçantes, se considerent, pouvant venir au défaut des mâles, c'est à dire, en cas de prédecés ou d'exheredation, ou de la mort civile des mâles : Ainsi comme on suppose qu'il en survit du second lit, ils auront ce retranchement, comme subrogez aux filles du premier lit.]

24. Par quel consentement les enfans sont présumez & peuvent déroger à ce premier chef. Il faut voir à present par quel consentement les enfans sont présumez, & peuvent déroger au droit qu'ils ont de demander ce retranchement. Et en premier lieu, si les enfans du premier lit souscrivent au contrat de mariage de leur mere, & par consequent à la donation, il semble qu'ils ne soient plus recevables à contester, parce qu'il est permis à un chacun de renoncer à un droit établi en sa faveur.

25. *Quid* s'ils ne sont que souscrite à la donation. C'est ainsi que le patron ayant consenti à la vente faite par son affranchi, n'étoit plus reçû à la debattre, selon la Loy *Non videtur C. si quid in fraudem patroni.*

Il faut dire le contraire, parce que celuy que la pudeur empêche de contredire, n'est pas présumé consentir, selon la glose sur la Loy *Filius fam. §. invitus ff. de procur.* & que d'ailleurs celuy qui souscrit comme parent à un contrat de mariage, n'est pas présumé renoncer à ses propres droits.

26. *Quid* s'il y a clause précise que les enfans ont consenti. En second lieu, supposé qu'il y eût clause précise dans le contrat de mariage, que la donation eût esté faite du consentement des enfans, & qu'ils eussent souscrit cette clause, ils ne laisseroient pas de pouvoir demander la réduction de la donation, parce qu'ils sont présumez ne l'avoir autorisée, que jusques à la concurrence de ce qu'il estoit permis de donner selon les Loix, comme il est dit en Droit, que quand le Prince permet à quelqu'un de tester, cela s'entend, à la charge d'observer les Loix dans son testament, *L. si quando 33. C. de inoff. testam.* Ainsi celuy qui ayant hypoteque sur une chose, consent qu'elle soit hypotequée à un autre, n'est pas reputée ordinairement avoir renoncé à son hypoteque, parce qu'il a présupposé que le prix de la chose se distribueroit, suivant l'ordre des hypotecques, *L. 12. §. 4. ff. qui potiores.*

27. *Quid* si la mere à donné un immeuble du consentement des enfans. En troisiéme lieu, il y a plus de difficulté, en cas que la mere, en contractant son second mariage, ait donné à son second mari un immeuble, qui luy avoit esté donné par son premier époux, au préjudice du second chef de l'Edit : car il semble qu'en ce cas, les enfans ayant consenti sur la donation d'un corps certain, ne soient plus recevables à la contester, supposé principalement qu'ils ayent consenti en majorité, & qu'il s'agisse d'une donation entre-vifs, & non d'une donation testamentaire, qui est le cas auquel Maître Charles du Molin a dit sur l'art. 99. de la Coutume de Vitry ; & sur le 53. du titre des Successions de la Coutume d'Auvergne, *iste consensus videtur extortus, & ne testator pejus faceret.* A plus forte raison si les enfans avoient renoncé expressément au benefice du second ou de tous les deux chefs de l'Edit.

28. Resolution que le consentement ne suffit pas. Cependant il faut dire en general, non-seulement que le consentement des enfans doit estre expliqué autant qu'il se peut en leur faveur, mais même que, quand il seroit exprés & formel, & accompagné d'une dérogation précise à l'un & à l'autre chef de l'Edit, il ne les rendroit pas non-recevables, ce que j'estime, nonobstant l'avis de Faschinæus, liv. 5. controv. 65.

29. Qu'un consentement de En premier lieu, parce qu'un consentement de cette nature est toûjours présumé extorqué, n'y ayant jamais eu d'enfans d'un premier lit ; qui

cette sorte est toujours extorqué. ayent donné volontairement en cette occasion. C'est sur cette présomption que nous avons dit ailleurs, que les acquests des enfans du premier lit ne devoient pas augmenter le douaire de la seconde femme, & que nous dirons que les renonciations faites par des filles aux successions futures de leurs parens, ne sont pas ordinairement reputées faites au profit des enfans d'un second lit : Ainsi quoique la donation dont il s'agit, soit faite entre-vifs, & que les enfans eussent eu plus de moyen de refuser leur consentement, ou de protester, que s'il s'agissoit d'une disposition testamentaire, neanmoins la présomption de la contrainte est si forte & si naturelle, qu'elle suffit pour conclure en faveur des enfans.

30. Qu'il faut beaucoup avoir d'égard aux termes prohibitifs de l'Edit. En second lieu, je fais beaucoup de fond sur les termes de l'Edit qui sont prohibitifs dans l'un & l'autre chef, *sin prohibitum*, dit Tacite, en parlant des Oracles de la Germanie, *nulla amplius de eadem re consultatio*, & c'est le sens de la Loy *Nemo potest de legat. 1.*

En troisiéme lieu, la prohibition dont il s'agit est fondée sur un interest public : Or c'est une maxime, que les donations, dont la défense est fondée sur un interest public, ne peuvent valider par le consentement des heritiers : ce qui se verifie dans les donations faites par les mineurs au profit de leurs tuteurs, & dans celles des malades au profit de leurs Confesseurs & de leurs Medecins.

En quatriéme & dernier lieu, un tel consentement seroit une veritable renonciation à succession future, qui n'est gueres permise que dans le contrat de mariage d'une fille.

Enfin, si les enfans du premier lit avoient consenti l'execution de la donation aprés le decés de leur mere, qui s'estoit remariée, & cela en majorité : en ce seul cas, il y auroit une veritable dérogation à l'Edit, laquelle pourroit avoir effet, parce qu'il n'y a plus d'impression à craindre en ce temps, & qu'alors les enfans consentent moins à la donation, qu'ils ne donnent eux-mêmes un droit qui leur est acquis. 31. Quid si la fille consent aprés la mort de sa mere qui s'est remariée.

DISTINCTION IV.

Des choses comprises dans le premier chef de l'Edit.

SOMMAIRE.

1. *Ce que cette premiere partie de l'Edit comprend en general.*
2. Quid *si ce sont des propres qui ont esté donnez.*
3. *Les donations entre-vifs, mutuelles, & reciproques, & les testamentaires, sont comprises en cet Edit, non le don mutuel.*
4. *Que la communauté de tout biens est sujette à l'Edit*
5. *Encore même que la femme, qui s'est remariée, ou ses heritiers, acceptent la communauté.*
9. Quid *si la communauté de tous biens estant bonne dans son commencement, devient mauvaise dans son progrés.*
7. Quid *si elle est bonne au commencement & à la fin.*
8. *Les heritiers du mari peuvent demander la réduction d'une communauté de tous biens, acceptée par la femme.*
9. *Que le convolant qui survit peut demander luy-même cette réduction.*
10. *Une communauté qui n'est qu'à l'ordinaire, ne laisse pas d'estre sujette à l'Edit.*
11. *Quelle est en ce cas l'operation de la réduction.*
12. Quid *Si l'apport en est égal pour le principal, mais inégal pour les revenus.*
13. Quid *d'une communauté en païs de Droit écrit.*
14. Quid *si on donne à la femme la moitié en la communauté en une Coutume qui luy donne moins.*
15. *Si la clause, que la femme aura une certaine somme pour tout droit en la communauté, est sujette à l'Edit, quand la convention luy est avantageuse.*
16. *Resolution pour l'affirmative.*
17. *Que l'incertitude de l'évenement n'autorise pas l'avantage indirect. Premier exemple.*
18. *Second exemple.*
19. *Réponse à l'incertitude de l'évenement.*
20. *Si le douaire préfix est sujet à l'Edit.*
21. *Que les Coutumes donnent également le douaire aux femmes dotées & non dotées.*
22. *Usage de Toulouse.*
Si à Issoudun le douaire préfix est sujet à l'Edit, comme une donation.
23. *Quelle est l'operation de la réduction du douaire préfix.*
24. *S'il n'y a aucuns biens sujets au douaire coutumier, comment reglera-t-on le préfix qui est excessif.*
25. *De l'avantage fait à un second mari à l'occasion d'une constitution dotale.*
26. Quid *si la dot est prisée & estimée.*
27. *Si une donation remuneratoire est sujette à l'Edit.*
28. *Resolution pour la negative.*
29. *Si le mari renonce à quelque droit au profit de sa femme, & primò si à une falcidie.*
30. *Si à une succession ou à un legs.*
31. *Si une femme remariée commettant adultere, sa dot est confisquée au profit de son second mari, au préjudice des enfans du premier lit.*

1. Ce que cette premiere partie de l'Edit comprend en general. Tout ce qui peut estre donné au second conjoint, & par quelque genre de donation que ce soit, est compris dans cette premiere partie de l'Edit, soit meubles, acquests, ou propres. Et generalement tout ce qui vient au donateur d'ailleurs que du premier conjoint : car pour ce qui vient du premier conjoint, cela fait la matiere du second chef.

2. Quid si ce sont des propres qui ont esté donnez. Si ce sont des propres qui ont esté donnez, la donation peut souffrir le retranchement de la legitime ou reserve coutumiere des propres, & aprés cela la réduction de l'Edit.

3. Les donations entre-vifs mutuelles & reciproques, & les testamentaires sont Les donations entre-vifs, simples, mutuelles, ou reciproques, sont comprises dans cet premiere partie de l'Edit, comme aussi les donations testamentaires. On n'y peut pas neanmoins comprendre dans la Coutume de Paris, le don mutuel, qui se fait entre conjoints, parcequ'il

comprises en cet Edit, non le don mutuel.

ne se peut faire que lorsqu'il n'y a point d'enfans, auquel cas l'Edit n'a pas lieu.

4. Que la communauté de tous biens est sujette à l'Edit.

La communauté même est quelquefois sujette à l'Edit. Et 1. il est certain que la communauté de tous biens, qui est inégale, celuy qui se remarie ayant beaucoup plus de propres que l'autre, y est sujette, parce qu'il n'importe pas de quelle maniere l'on avantage un second conjoint, soit à titre de communauté, ou autrement, les enfans du premier lit en souffrent toûjours également: Or l'avantage se verifie deslors que l'on a excedé les termes de la Coutume, & que l'on à fait une communauté inégale de tous biens. C'est ce qui fut jugé par un Arrest du 23. May 1587. rapporté par Maistre René Chopin, sur la Coutume de Paris, liv.2.tit.3.nomb.20.& par un autre du 28. Avril 1623 rapporté dans le Journal de du Fresne.

5. Encore même que la femme, qui s'est remariée, ou ses heritiers, acceptent la communauté.

Cette décision devroit avoir lieu quand cette communauté se trouveroit bonne dans la suite, & qu'elle seroit acceptée par la femme qui s'est remariée, ou par ses enfans, parce que comme elle n'est devenuë bonne que *ex post facto*, les conquests recompensant l'inégalité des propres, c'est toûjours un avantage indirect, & en ce cas, les conquests se doivent partager à l'ordinaire, & il faut réduire le second conjoint à la portion du moins prenant dans la part des propres de celuy qui a convolé en secondes nôces.

9. Quid si la communauté de tous biens estant bonne dans son commencement, devient mauvaise dans son progrés.

Que si la communauté de tous biens estoit égale dans son établissement, mais qu'elle ne se soit pas soutenuë dans son progrés, & que la femme ou ses heritiers y renoncent, soit que ce soit le mari ou la femme, qui ait convolé en secondes nôces, il faut que ses heritiers retirent les propres de la communauté, à l'exception de la partie que l'on a coutume d'ameublir, & dans les cas où l'on fait de pareils ameublissemens.

7. Quid si elle est bonne au commencement & à la fin.

Que si cette communauté de tous biens estant égale lors du mariage, a eu un bon progrés, & est acceptée: Quelques-uns estiment que les heritiers de la femme, qui a convolé en secondes nôces, lesquels acceptent la communauté, ne peuvent pas en demander le retranchement; & de fait, ils semblent n'avoir aucun interest de le demander. Que si neanmoins ils affectionnent plus les biens propres de leur mere, ils sont en regle pour faire reduire la communauté selon la Coutume, parce qu'ils sont desavantagez en cela même, que les propres de leur mere qu'ils affectionnent, sont sujets à leur estre ostez par l'évenement d'un partage de communauté, & comme cette réduction n'a son fondement que sur un prix d'affection, j'estime que le second mari n'aura aucune part dans ces propres à titre de donation, non plus que les enfans du premier lit n'en pourront demander aucune dans les siens.

8. Les heritiers du mari peuvent demander la réduction d'une communauté de tous biens acceptée par la femme

Il en faut dire autant des heritiers du mari, qui s'est remarié, lesquels peuvent demander la réduction d'une communauté de tous biens, acceptée de l'autre part.

9. Que le convolant qui survit peut demander luy-même cette réduction

Dans tous les cas où cette réduction se fait, si le conjoint, qui a convolé en secondes nôces, survit à l'autre, & qu'il soit poursuivi pour le partage de la communauté, il en peut demander luy-même la réduction, quoique l'Edit soit fait principalement en faveur des enfans. Car l'Edit use de termes prohibitifs, qui emportent nullité dans la donation, laquelle nullité profite à tous ceux qui ont interest que la donation soit réduite: Ainsi en quelque cas que ce soit, que l'on demande le partage de pareille communauté, elle est sujette à réduction.

10. Une communauté qui n'est qu'à l'ordinaire, ne laisse pas d'estre sujette à l'Edit.

Quand la communauté n'est que des meubles & conquests immeubles, elle ne laisse pas quelquefois d'estre sujette à réduction, au cas que celuy qui se remarie porte beaucoup plus de meubles, que le second conjoint: comme si l'on suppose qu'un Marchand ayant un fond de boutique de valeur de cinquante mille livres, épouse en secondes nôces une femme qui n'ait que tres peu de meubles. Le sujet de douter a esté qu'une communauté dont l'apport respectif est inégal, n'en est pas moins conforme à la Coutume, quand l'on n'y fait entrer que les meubles & conquests, & que d'ailleurs il est constant que quelque avantageux que soit le douaire coutumier à la seconde femme, il n'est jamais sujet à l'Edit. Aussi c'est l'avis de Jean de Sommeren *de jure novercarum cap. 1. num. 1.*

Cependant il faut dire que cet avantage est réductible, parce que l'on ne considere point à quelle occasion se fait l'avantage, il suffit qu'il y en ait pour la seconde femme, & principalement de ceux dont elle profite en pleine proprieté, en quoy cette espece differe de celle d'un douaire coutumier, qui est excessif, à proportion de l'apport de la femme. Quoy qu'il en soit, les Arrests sont précis sur ce point: Il y en a un entr'autres du 29. Janvier 1658. qui est rapporté dans Soëfve, tom. 2. cent. 1. chap. 86.

☞ Que si le mari ayant beaucoup de meubles, & la femme qui se remarie en ayant peu, elle ameublit pour égaler son apport, même audelà du tiers de ses propres, & que dans la suite elle, ou ses heritiers renoncent à la communauté, il y aura lieu au retranchement de l'Edit, en ce que l'ameublissement excedera le tiers, qui est l'ameublissement ordinaire de ceux qui n'ont point de meubles: car encore que si la femme avoit eu autant de meubles que le mari, & que les conjoints eussent eu chacun un fond de boutique qu'ils eussent mis en communauté, il n'y auroit pas lieu au retranchement; cependant lorsque pour faire la communauté égale, la femme ameublit audelà du tiers, & que dans la suite on renonce pour elle à la communauté, l'ameublissement est censé excessif, & est sujet au retranchement de l'Edit: car il n'importe pas comment la femme avantage son second conjoint, & par quel détour elle luy donne ce qui naturellement ne doit pas entrer en communauté.]

En ce cas, l'operation de cette réduction est telle, que l'on travaille d'abord à trouver en quoy consiste l'avantage: par exemple, si l'on suppose que le mari qui s'est remarié a mis vingt-deux mille livres en sa communauté, & la seconde femme quatre mille cinq cens livres, l'on conclura, que le mari a apporté dix-sept mille cinq cens livres de plus que la femme, en quoy elle gagneroit huit mille sept cens cinquante livres, si elle partageoit la communauté à l'ordinaire. Ainsi il faut ranger ces huit mille sept cens cinquante livres au rang des autres donations que le mari a pû faire à sa seconde femme, pour réduire le tout à proportion de la part du moins prenant. Et cette premiere operation étant faite, & l'avantage trouvé & réduit, il faut partager toute la communauté par moitié, à l'exception que l'on ôtera sur la moitié appartenante à la femme, ce qui sera retranché de ces huit mille sept-cens cinquante livres, & on l'ajoûtera à la part du mari ou de ses heritiers. Voilà une des manieres de réduire une communauté. 11. Quelle est, en ce cas, l'operation de la réduction.

Il y en a une seconde, qui a esté suivie par un Arrest du 29. Janvier 1658. & par un autre du 29. Aoust 1659. rendu en l'Audience de la grand'Chambre, plaidans Maistre Ravieres & Maistre Billard, qui est que le survivant & les heritiers du

prédecedé reprennent ce qui avoit esté apporté de part & d'autre en communauté: Qu'ensuite il soit fait un partage égal du surplus de la communauté, & que le second conjoint, ou ses heritiers, outre leur moitié, prennent sur l'autre moitié autant que le moins prenant des enfans, & ces deux voyes ont le même effet.

12. *Quid* si l'apport en est égal pour le principal, mais inégal pour les revenus

On avoit même esté jusque-là, que de soûtenir que le rapport estant égal pour le principal, mais inégal pour les profits & revenus: par exemple, une femme qui se remarie apportant une part dans des Sous-fermes du Roy, l'Edit avoit lieu: ce qui a esté justement rejetté.

13. *Quid* d'une communauté en païs de Droit écrit.

Il ne suit pas qu'une communauté stipulée en païs de Droit écrit, soit un avantage sujet à l'Edit, & lorsque la Loy *Cum hic status §. si inter ff. de donation. inter*, dit, *si inter virum & uxorem societas donationis causa contracta sit, jure vulgato nulla est. Nec post decretum Senatus, emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit, Quæ tamen in commune tenuerunt, sine præstituto revocanda non sunt. Id circo igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quæ donationis causa interponitur, nec inter cæteros, & propter hoc, nec inter virum & uxorem.* Elle parle d'une societé contractée pendant le mariage, & qui sert de couleur à une veritable donation: ce qui ne se verifie pas dans une communauté égale, stipulée dans un contrat de mariage, quoiqu'en païs de Droit écrit. Et il ne faut point dire, que les fruits de la dot appartenant au mari, il fait un avantage à sa femme, quand il les met en communauté: car outre que l'émolument des fruits est recompensé par les charges qui estoient propres au mari, & qui deviennent communes, quand il y a communauté, il suffit que les parties soient convenuës de vivre en communauté. D'ailleurs, la femme pouvoit se constituer une moindre dot, & se faire un paraphernal plus considerable, dont elle se seroit reservée la libre joüissance, suivant la Loy 8. *C. de pact. conv.* Enfin, cette societé qu'on suppose égale, l'est principalement en ce qu'elle dépend d'une évenement incertain: d'où il peut arriver que le mari qui en se remariant a consenti une communauté, s'est fait plus d'avantage à luy-même, qu'il n'en a fait à sa femme. ☞ Il faut pourtant observer que comme en païs de Droit écrit, la communauté stipulée en general, n'est que des conquests & meubles acquis durant le mariage, non des meubles possedez avant le mariage, suivant la Loy 7. *ff. pro socio*, qui dit, *Coire societatem & simpliciter licet: & si non fuerit distinctum videtur coita esse universorum quæ ex quæstu veniunt, hoc est si quod lucrum, exemptione, venditione, locatione, conductione descendit*, laquelle est observée en ces païs, même dans les Coutumes qui excluent la communauté, la communauté des meubles acquis avant le mariage, seroit tres certainement sujette à l'Edit, mais non celle des conquests: Aussi cette question s'estant presentée sur un appel du Bailly de Beaujolois, elle fut ainsi jugée par Arrest contradictoire, cité par Henry, tom. 1. liv. 4. chap. 6. qu. 57. Mais une communauté inégale stipulée en païs de Droit écrit, soit que l'inégalité fût dans le rapport, soit qu'elle fût dans le partage qui en auroit esté stipulé, seroit sujette à l'Edit, comme si elle estoit contractée à Paris. Aussi les communautez stipulées dans ces Provinces, se reglent par la Cour, conformément à la Coutume de Paris.

14. *Quid* si on donne à la femme la moitié en

Que si une Coutume ne donnant qu'un tiers à la femme dans la communauté, ou un tiers des meubles, comme la Coutume de Normandie, art. 377. le mari, qui convole en secondes nôces, consent une clause, par laquelle il est dit, que sa femme partagera également la communauté, cette convention n'est point reputée une liberalité, puisqu'elle est du Droit commun des societez conjugales: & par consequent ne donnera lieu à aucun retranchement.

la communauté en une Coutume qui luy donne moins.

15. Si la clause que la femme aura une certaine somme pour tout droit en la communauté, est sujette à l'Edit, quand la convention luy est avantageuse.

Enfin, si le mari stipule que sa seconde femme aura une certaine somme pour tout droit de communauté, ce sera une question que de sçavoir, si la somme convenuë n'estant pas exorbitante, eu égard à la situation des affaires des deux conjoints au temps du mariage, mais estant telle par rapport au mauvais succés de la societé, elle est reductible, & la raison de douter est, que si la femme avoit eu beaucoup moins que ce à quoy sa part en la communauté pouvoit monter, elle n'auroit pas laissé d'estre obligée de s'en tenir à la convention, quelque fortune que son mari eût pû faire pendant le mariage, comme il a esté jugé par un Arrest du 16. Janvier 1592. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 4. chap. 1. suivant lequel il a esté pareillement jugé, que la clause par laquelle un pere qui contractoit un second mariage avoit stipulé, que les enfans qui en naîtroient n'auroient qu'un certain droit en la communauté, devoit estre executée de point en point, & cela par un autre Arrest du 1. Juin 1629. rapporté par du Fresne: & par consequent il semble, que quand la somme convenuë excede ce que la femme auroit pû avoir dans un partage ordinaire de communauté, elle ne peut souffrir aucun retranchement.

16 Resolution pour l'affirmative.

Il faut dire neanmoins que cette somme convenuë peut aussi estre sujette à l'Edit, non pas en tant que c'est le prix d'un évenement incertain, mais en tant qu'elle est donnée à une personne, qu'il est défendu d'avantager audelà d'une certaine mesure. Car l'évenement incertain qui fait subsister un Traité, nonobstant la lesion qui se rencontre dans la suite, ne doit pas servir de pretexte pour donner à une personne prohibée: c'est pour cela que si dans une des Coutumes, où il est défendu de donner à son heritier présomptif, quelqu'un abandonne pour cinq sols à son heritier, une succession opulente qui luy est échûë, cette donation ne peut pas subsister, & on applique en ce cas la maxime *plus valere quod agitur, quam quod simulaté concipitur*, quoique si le transport avoit esté fait à un étranger, il n'y auroit pas de retour.

17. Que l'incertitude de l'évenement n'autorise pas l'avantage indirect. Premier exemple.

18. Second exemple.

L'exactitude de la Loy va encore plus loin: car si quelqu'un vend un immeuble à son heritier présomptif, & luy fait bon marché, quoique la lesion ne soit pas outre la moitié du juste prix, si le profit de l'heritier est tant soit peu considerable, il est sujet au rapport dans nos Coutumes, suivant la Loy *Si quis donationis causa 38. ff. de contrah. empt.* la Loy 5. §. 5. & la Loy 7. *ff. de donat. inter.* & suivant une Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 278. de la Coutume du Maine. Ainsi les personnes prohibées ne peuvent pas même faire les profits, qui sont permis regulierement à tout le monde, & qui se font à l'occasion d'un commerce legitime.

19. Réponse à l'incertitude de l'évenement.

Que si la femme n'auroit pas esté recevable à se plaindre d'un tel Traité, supposé que dans l'évenement il eût esté extrêmement desavantageux pour elle, il faut répondre, qu'aussi le pere qui se remarie, pouvoit rendre meilleure la condition des enfans de son premier lit, mais qu'il ne la pouvoit pas rendre pire en avantageant sa seconde femme audelà de ce qu'il est permis par l'Edit, ni sous pretexte de traiter avec elle d'un évenement incertain, ni autrement.

20. Si le douaire préfix est sujet à l'Edit.

Si on ne peut pas avantager une seconde femme sous pretexte de luy donner part en la communauté, on ne le peut faire aussi sous pretexte de luy constituer un douaire, quoique l'on puisse dire que le douaire soit un titre onereux : ce qui se doit entendre, tant qu'il n'excede pas les termes de la Coutume. C'est pourquoy si le douaire préfix n'excede le coutumier, l'excés est l'avantage sujet à l'Edit, mais aussi tant qu'il n'excede pas, il n'y est point sujet. Et je ne puis estre du sentiment de ceux qui estiment qu'un mari qui épouse une seconde femme sans biens, luy doit retrancher quelque chose du coutumier, & qu'autrement l'Edit aura lieu : car le douaire estant un titre onereux, estant le prix de la virginité, estant aussi accordé à la femme pour la consoler de sa viduité, & luy donner lieu de subsister honorablement, & soûtenir la memoire d'un mariage bien concordant, estant donné pour servir d'alimens aux enfans qui s'exemptent, par le moyen du douaire, de se porter heritiers, & de payer les dettes posterieures au mariage, estant enfin établi par tant de raisons d'équité, il doit avoir de certaines bornes, jusqu'ausquelles il ne soit point reputé excessif, & ces bornes doivent dépendre necessairement de la disposition de la Coutume, qui donne indistinctement le douaire aux femmes dotées, & non dotées. Aussi a-t-on rejetté l'opinion de Coquille en sa question 94. & sur la Coutume de Nivernois, tit. 23. art. 2. & de Guy Pape, décis. 274. qui estimoient que l'on pouvoit retrancher le douaire, quand la dot promise n'avoit pas esté acquittée, & l'art. 190. de la Coutume de Blois portant, que *le douaire a lieu, posé que la femme n'ait rien porté avec son mari*, Maître Charles du Molin, dit sur cet article, *nisi dotem promiserit & fefellerit*, mais il ajoûte, *secus judicatum Senatusconsultis*.

21. Que les Coutumes donnent également le douaire aux femmes dotées & non dotées.

Ainsi il n'y a rien qui puisse donner atteinte à un douaire coutumier, & celuy d'une seconde femme qui n'a rien apporté, & qui n'a rien promis, n'est pas sujet au retranchement de l'Edit, puisque dans un cas beaucoup plus favorable, & lorsque le mari a esté trompé dans la constitution de la dot, qui ne luy a pas esté payée, ou dont il a esté évincé, le douaire ne peut pas recevoir d'atteinte.

22. Usage de Toulouse.

L'on juge neanmoins dans le Parlement de Toulouse, que l'augment de dot en cas de prédecés du mari est sujet à ce retranchement, & il y en a un Arrest dans Monsieur de Cambolas liv. 2. chap. 36. Celuy de Grenoble suit cette Jurisprudence, comme il se lit dans les Arrests de Basset tom. 1. livre 4. titre 4. chap. 4. Enfin, le Parlement de Paris le juge ainsi pour les Provinces de Droit écrit. Henrys tom. 1. livre 4. chap. 105.

Si à Issoudun le douaire préfix est sujet à l'Edit, comme une donation.

Que si une Coutume declare expressément qu'elle ne donne point de douaire coutumier, mais que les parties s'en peuvent constituer un : ce que la Coutume de Berry, article 12. du titre des mariages, declare pour la Ville & Prevôté d'Issoudun, en ce cas, un douaire préfix passera-t-il pour une donation dans son integrité, selon l'avis de la Thaumasiere en ses décisions livre 2. chapitre 48. & supposé que l'on n'adhere pas à cette opinion, comment trouvera-t-on l'excés du douaire qui aura esté constitué ?

Il semble que le douaire préfix dans une Coutume où il n'y en a point de reglé, n'en est pas moins un titre onereux, qu'il n'est pas moins le prix de la virginité, qu'il n'est pas moins un fond de subsistance assurée pour la veuve & pour les enfans, & que dans l'usage d'Issoudun, aussi bien qu'ailleurs, il tient lieu d'un coutumier, qu'ainsi si il est legitime, & doit estre hors de toute atteinte, jusques à une certaine concurrence qui se doit regler sur la Coutume de Berry, qui est la Coutume generale. Aussi la plus commune opinion est, que dans la Coutume de Paris, lorsqu'il ne peut y avoir de douaire coutumier, parce qu'il n'y a point de propres, le préfix n'est pas pour cela consideré comme un titre onereux, jusques à une certaine concurrence, audelà de laquelle il est sujet à l'Edit. Pourquoy n'en dira-t-on pas de même en cette espece, où le douaire coutumier n'a point lieu, parce qu'elle s'en rapporte à la convention des parties : En effet, par quelle raison cet usage s'est-il établi à Issoudun ? Ce n'a pas esté qu'on ait crû que le douaire ne fût pas favorable, ou qu'il ne fût pas un titre onereux, mais que ce fût un titre gratuit, qui dépendît du caprice des contractans ; mais tout au contraire la Coutume n'a pas voulu regler un titre, qu'elle a estimé onereux, ni mettre un prix certain à ce qu'elle a crû audessus de toute sorte de prix. Cela n'empêche pas, que ce qui est reglé par les parties, ne soit un titre aussi onereux qu'un douaire coutumier ; pourvû que cela n'excede pas *legitimum modum*, & que le seul excés est censé donation.

Cependant plusieurs suivent l'avis de Maître de la Thaumasiere, & croyent que dans cette espece le douaire est une donation pour le tout, parce que la femme l'a tout entier de la disposition du mari, & qu'elle ne le pouvoit avoir de celle de la Loy, qui n'en donne point. Ils disent qu'un préciput même est compté entre les donations, & se réduit avec elles, parce qu'il vient de la seule disposition de l'homme, qu'enfin, quand à Paris un mari n'a aucuns propres, le douaire préfix est censé donation en son entier, & comme tel est sujet à l'Edit. Cette opinion retranche la seconde question : car en la supposant on n'est plus en peine d'examiner jusques à quelle concurrence le douaire préfix doit estre censé juste & legitime, & hors de l'atteinte de nostre Edit. Si on reglera cela au quart des biens du mari, suivant la Novelle 53. chapitre 6. ou si on suivra la Coutume d'Orleans, qui en l'article 221. dit, que quand le mari n'a point de propres pour faire un douaire ordinaire, la veuve aura l'usufruit de la moitié de la part qui doit appartenir au mari dans les conquests de la communauté, ou si l'on suivra la Coutume de Bourges, article 11. du titre des mariages, qui regle le douaire à l'usufruit de la moitié des propres.

Pour dire mon avis en un mot, si l'on considere le douaire pour un titre onereux, c'est quand il est constitué avec des circonstances, qui le rendent favorable, & non quand il est donné à une seconde femme, auquel cas il perd toute sa faveur, comme on voit qu'à Paris le douaire d'une femme qui descend à de secondes nôces, perd une partie de ses avantages & demande une caution. Il y a même un cas, où quoiqu'il soit dû à une premiere femme & qui persevere en son état, il ne laisse pas d'estre consideré comme un titre lucratif, c'est lorsque le mari ayant donné des cautions pour la dot de sa femme, elle voudroit dans l'ordre des biens du mari preferer le douaire à la dot, & qu'elle s'oppose premierement pour son douaire : car, en ce cas, on luy refuse cette collocation, & on la colloque premierement pour la dot, ce qui va à la décharge des cautions, & ensuite pour son douaire, cela doit avoir lieu, encore même que dans le contrat de mariage on ait changé l'ordre accoutumé, & qu'on ait parlé du douaire, avant que de faire mention de la dot. Car nonobstant cela, ces conventions reprennent leur rang

ordinaire, & l'on prefere dans l'ordre, la dot au douaire, par cette raison qu'au respect de la dot, le douaire est censé titre lucratif : L'on applique en cette espece ce mot de Justinien en la Loy *Assiduis C. qui potiores in pignore. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur.* Ce qui montre que le douaire a divers respects, & que quand il s'agit de l'execution de nostre Edit, il peut bien passer quelquefois pour un titre lucratif.

23. Quelle est l'operation de la réduction du douaire préfix. L'operation de la réduction du douaire est à peu prés comme celle d'une communauté excessive : Car on regle le douaire préfix sur le pied du coutumier, & dans l'excedant, ensemble dans les autres biens du mari, l'on donne à la femme une part égale, à celle du moins prenant des enfans, & cela en pleine proprieté ; quoique le douaire ne fust constitué qu'en usufruit, parceque les heritiers du mari ont à choisir de luy laisser le douaire qui luy avoit esté constitué ; ou ce que le mari avoit esté en droit de luy donner.

24. S'il n'y a aucuns biens sujets au douaire coutumier, comment reglera-t-on le préfix qui est excessif. Que s'il n'y avoit aucuns biens sujets au douaire coutumier, en ce cas, pour regler le préfix que l'on prétend excessif : il faut arbitrer ce que la femme doit avoir de douaire à proportion des biens, & luy donner, outre cela, la part égale à celle du moins prenant en pleine proprieté ; ce qui fait que rarement les heritiers du mari demanderont cette réduction : parce qu'il est difficile que le douaire préfix, qui n'est qu'en usufruit, monte plus haut que la valeur du coutumier, aussi en usufruit, & une part d'enfant, en pleine proprieté ; si ce n'est qu'il y ait encore d'autres donations.

Il en faut dire autant du douaire sans retour, qui sera réduit en usufruit, à proportion du coutumier, & sur lequel, ensemble sur les autres biens, la femme, outre cet usufruit, aura une part de moins prenant : Et ordinairement le douaire est reputé excessif, dés qu'il est sans retour.

25. De l'avantage fait à un second mari à l'occasion d'une constitution dotale. Il faut observer, que la femme n'aura jamais qu'une part d'enfant à tous ces titres ensemble, soit de don, de communauté, ou de douaire. Comme l'on avantage quelquefois une seconde femme, sous pretexte de luy constituer un douaire, ou de luy faire un droit de communauté ; aussi l'on avantage quelquefois un second mari à l'occasion d'une constitution dotale, lorsqu'on le décharge de restituer la dot pour le tout, ou pour partie, aprés la mort de sa femme, & le profit qu'il fait en vertu de cette clause doit estre réduit aux termes de l'Edit. Car quoiqu'on ait reconnu la dot pour un titre oneteux, il suffit dans le Droit commun, que le mari en joüisse pendant le mariage, le surplus est une donation, ce qui se doit entendre d'une dot qu'une femme s'est constituée elle-même, ou qui luy a esté constituée par ses pere & mere, quoique pour la seconde fois. Car si elle a esté donnée par un parent collateral, ou par un étranger, avec clause qu'aprés la mort de la femme, le mari ne sera point obligé de la restituer, ou qu'il n'en rendra qu'une partie, en ce cas, le profit que fait le mari n'est point sujet au retranchement de l'Edit, parce qu'il ne luy vient pas de la liberalité de sa femme. Car quoique la Loy *Fideicommissa 11. §. interdum de legat. 3.* dise, *multum autem interesse arbitror, cui volet prospectum, cujusque contemplatione fecerit*, il suffit ici que la dot n'ait jamais appartenu à la femme, qu'on ne l'ait constituée en sa place qu'à cette condition, que d'ailleurs, la femme ne soit point obligée d'en faire le rapport : Enfin, qu'elle ne luy tienne pas lieu d'une portion hereditaire. A l'égard de ce qui s'appelle dans les Provinces de Droit écrit constitution dotale & gain de survie, que les femmes établissent au profit de leurs maris dans leurs contrats de mariage, cela est encore sujet à l'Edit, suivant l'Arrest rapporté dans Monsieur Maynard liv. 3. chap. 85.

Que si la femme qui se remarie se constituë elle-même ses immeubles, & en fait l'estimation avec clause que son second mari aura le choix de rendre les immeubles, ou l'estimation, supposé que l'estimation soit faite à vil prix, l'on doit conclure que l'Edit a lieu, & le mari choisissant dans la suite de rendre l'estimation, c'est la même chose que si sans luy laisser aucun choix, on luy avoit donné d'abord une partie de la dot. Car de prétendre sur le fondement de la Loy 14. *C. de usuris*, qu'en ce cas, il n'est pas tant vray de dire que la femme ait donné, qu'il est vray de dire qu'elle a peu estimé les immeubles qu'elle a portez en mariage, de même que cette Loy dit, que celuy qui a prêté de l'argent, & qui a stipulé pour son interest l'habitation d'une maison qui valoit beaucoup plus, n'est pas reputé avoir stipulé un interest illicite, mais avoir eu une maison à juste prix, cela est juste en matiere d'usures, qui ne se doivent pas juger dans la derniere rigueur, comme une convention faite avec un second conjoint au préjudice de l'Edit, dans laquelle le moindre profit est sujet au retranchement, suivant la Loy 5. §. 5. & la Loy 7. *ff. de donat.* Autre chose est, si c'est un étranger, qui constituë la dot à la femme qui se remarie, & qui fasse cette stipulation. 26. Quid si la dot est prisée & estimée.

Que si la dot a esté estimée son juste prix, il n'y a rien qui soit sujet à l'Edit, mais le juste prix se considere, eu égard au temps du decés de la femme, qui est celuy de la restitution de la dot : Ensorte que si l'heritage donné en dot ne valoit que dix mille livres, ce qui estoit l'estimation portée par le contrat, & qu'au temps du decés, il valût quinze mille livres, l'Edit auroit lieu.

L'on demande, si dans les lieux où il est permis aux conjoints de s'avantager par disposition testamentaire, un legs remuneratoire fait au profit d'une seconde femme, est sujet au retranchement de ce premier chef de l'Edit : car d'un côté, l'on peut dire que la donation remuneratoire n'est pas une veritable donation, suivant la Loy *Attilius Regulus 27. ff. de donat.* & la Loy *Sed etsi lege §. consuluit ff. de petit. heredit.* & que par cette raison on l'a jugée exempte de l'insinuation, nonobstant la disposition de l'art. 31. de l'Ordonnance de 1549. Que d'ailleurs, quoique toute sorte de bons offices soient de devoir entre conjoints, il se pourroit trouver de telles circonstances, dans lesquelles une disposition de cette nature seroit veritablement remuneratoire, & ne seroit point sujette à l'Edit. Par exemple, si une femme, d'ailleurs peu avantagée par son contrat de mariage, avoit passé la plus belle partie de sa vie à solliciter un vieillard dans ses infirmitez & ses maladies, que la disposition fût ainsi causée, & que le fait fût constant : car, en ce cas, le legs estant la recompense d'une vertu singuliere, *merces eximii laboris quod contemplatione salutis*, dit la Loy *Si pater 34. §. 1. ff. de donat.* il semble que cette espece meriteroit bien quelque exception. Puisque quelques-uns ont crû, qu'en cas semblable, les donations d'ailleurs prohibées par la Coutume, ne laissoient pas de pouvoir subsister jusques à la concurrence des services rendus. 27. Si une donation remuneratoire est sujette à l'Edit.

Cependant il faut dire qu'une donation & un legs de cette sorte, si favorables qu'ils puissent estre, seront sujets au retranchement de l'Edit, puisqu'une seconde femme est assez recompensée, 28. Resolution pour la negative.

sée, quand on l'égale aux enfans, qu'elle a dû s'attendre à ce partage que la Loy luy impose, & que d'ailleurs il ne seroit pas possible de se relâcher de la rigueur de l'Edit, en une espece favorable, que l'on ne donnât occasion de commettre une infinité de fraudes contre l'Edit. Car l'amour excessif ne manque point de prétextes, & ceux que produit une liaison aussi étroite que celle d'entre mari & femme, sont toûjours des plus specieux : cependant ce sont ces prétextes-là même que la Loy a voulu retrancher, en reglant les liberalitez d'entre les conjoints. Car si elle n'avoit défendu entr'eux que les donations qui ne seroient point causées, elle n'en auroit défendu aucunes.

29. Si le mari renonce à quelque droit au profit de sa femme, & *primo*, si à une falcidie.

Il y a plus de difficulté au cas que le mari ou la femme estant parens, & estant tous deux heritiers d'un défunt, l'un immédiat & l'autre médiat, le mari renonce au profit de sa femme : ou si tous deux estant substituez, l'un renonce au legs, ou à la succession testamentaire au profit de l'autre : Ou si le mari renonce à prendre sa Falcidie, ou sa Trebellianique, sur les legs & fideicommis qui sont faits à sa femme, car tout cela est permis en Droit entre mari & femme, parce qu'il n'y avoit de donations prohibées entre conjoints, que celles qui rendoient le donateur plus pauvre, & le donataire plus riche : or l'on n'estoit pas présumé s'appauvrir pour manquer à gagner & à recueillir une disposition ou une succession, *toto titulo ff. de donat. inter.* C'est pour cela qu'en ce cas l'on n'estoit point non plus reputé frauder ses creanciers. Et premierement pour ce qui est de la Falcidie, ou de la Trebellianique, il est sans difficulté que celuy qui acquitte les legs & fideicommis, sans retenir l'une & l'autre quarte, n'est point présumé donner, & c'est la disposition de la Loy *Si Sponsus 5. §. 15. ff. de donat. inter,* qui dit, *Si quis rogatus sit, praecepta certa quantitate, uxori suae hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo Digestorum scribit, magis pleniore officio fidei praestandae functum maritum; quam donasse videri.* Aussi un debiteur, qui en use ainsi, n'est point reputé frauder ses creanciers, *quia plenam fidem exequitur*, disent les Loix 19. & 20. *ff. quae in fraudem.* C'est pourquoy cette remise de la Trebellianique, ou de la Falcidie n'est point sujette à l'Edit.

30. Si à une succession ou à un legs.

En second lieu, à l'égard d'une renonciation à un legs, ou à une succession dont le conjoint profite. Il est vray que selon les principes du Droit Romain ce n'estoit pas une donation prohibée, *L. 5. §. 13. ff. de donat, inter.* Mais c'estoit par la raison qui vient d'estre dite, que ce qui ne diminuoit pas le bien du mari, n'estoit pas une donation prohibée, & qu'il n'estoit pas présumé diminuer son bien, pour n'en pas acquerir de nouveau, & pour renoncer à un legs, ou à une succession. Et comme cette raison n'a pas lieu quand il s'agit de sçavoir, si une donation est sujette à la reduction de la Loy *Hac edictali*: parce que les donations les plus legitimes y sont sujettes, j'estime que c'est une question de fait qui dépend de sçavoir si le mari a eu quelques raisons pressantes de renoncer au legs, ou à la succession. *Non praescribi heredi instituto debet, cur metuat hereditatem adire, vel cur nolit : cum varia sint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium : quorumdam vexationem : quorumdam aris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hereditas : quorumdam offensas vel invidiam :* (quoiqu'en ces matieres on conclut volontiers, qu'il y a donation, c'est-à-dire, du dessein d'avantager, pourvû qu'il y ait du profit effectif) ou si le mari a fait ces renonciations dans la pensée d'avantager sa femme, & qu'au premier cas l'avantage n'est point reductible; mais qu'au second il est sujet au retranchement de l'Edit.

L'on peut encore demander, si une femme commettant adultere, sa dot doit estre confisquée au profit du second mari, & au préjudice des enfans du premier lit, ou si la Loy *Hac edictali* a lieu en ce cas? Et il est déja certain que quand il y a des enfans du second mariage, le mari n'en a, en ce cas, que l'usufruit : & que la proprieté leur est reservée nonobstant l'adultere de leur mere, & c'est la disposition précise de l'Authentique *Ut liceat matri & aviae cap. 8. §. 2. si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, jubemus etiam dotem, aliamque mulieris substantiam conservari.* Que si la femme n'a que des enfans du précedent mariage, en ce cas, elle ne peut confisquer au profit de son second mari, que la même part qu'elle luy auroit pû donner par convention. D'où il suit que si elle ne luy a rien donné par contrat de mariage, elle aura confisqué autant de sa dot, que le moins prenant des enfans aura dans ses biens; parce qu'à proportion de ce que l'on défend à quelqu'un d'aliener, on luy défend de commettre & de confisquer, lors principalement que la prohibition d'aliener est au profit d'un tiers, c'est le sens du §. 26. de la Loy *Si finita 15. ff. de damno infecto*, & la disposition précise de la Loy *Statius Florus §. 1. ff. de jure fisci* : C'est aussi la doctrine de Balde sur la Loy *Hac edictali C. de secund. nupt.* & celle d'Alexandre Vol. 1. Conf. 23. nomb. 6. Enfin, il y en a quelque préjugé dans Papon livre 22. tit. 9. Arr. 5. Que si la femme a déja donné à son second mari autant qu'à un des enfans, en ce cas, le crime de sa femme ne luy profite de rien. Si la femme adultere a des enfans de ses deux mariages, l'usufruit que l'Authentique donne au mari, sera conforme à l'Edit; c'est-à-dire, qu'il aura un usufruit de pareille valeur qu'une part de moins prenant.

31. Si une femme remariée commettant adultere, sa dot est confisquée au profit de son second mari au préjudice des enfans du premier lit.

Il faut observer que dans ce qui vient d'estre dit, nous nous attachons au texte de l'Authentique qui confisque la dot, la donation pour cause ne nôces, & la valeur du tiers de la dot à prendre sur les autres biens de la femme, sous cette condition, *si filios non habeat*, relative au mari, au profit de qui elle ordonne cette confiscation, ce qui signifie par consequent qu'il n'y ait pas d'enfans nez du mariage, durant lequel l'adultere est commis : & supposant aprés cela le cas contraire qu'il y ait des enfans communs, elle reduit la confiscation à l'usufruit, en disant que la proprieté en doit estre conservée à ces enfans. *Si enim filios habuerit ex eodem matrimonio, jubemus etiam dotem, secundum quod de hoc censent leges, aliamque mulieris substantiam filiis conservari*: ensorte que l'Authentique reglant ainsi la chose, il faut conclure que les enfans du premier mariage de la femme adultere lorsqu'ils sont seuls, & qu'il n'y a point d'enfans du second mariage, ne reduisent pas la confiscation au simple usufruit; mais qu'il faut avoir recours, en ce cas, à nostre Loy *Hac edictali C. de secund. nupt.* Et que quand il y a des enfans des deux mariages de la femme adultere, alors la double reduction a lieu, & l'on reduit la confiscation de la dot au simple usufruit, en vertu de l'Authentique *Ut liceat*: & cet usufruit même a la valeur d'une part du moins prenant, en vertu de la Loy *Hac edictali C. de secund. nupt.*

DISTINCTION V.

De la maniere de faire cette reduction en vertu du premier chef de l'Edit.

SOMMAIRE.

1. *La reduction se fait eu égard aux biens qui sont lors du decés.*
2. *De quelle maniere se fait la reduction des donations faites, tant au second mari qu'à ses pere mere.*
3. *Si les liberalitez se reduisent toujours sur la moindre donation, ou quelquefois sur la legitime du moins prenant.*
4. *Qu'elles se doivent reduire quelquefois sur la legitime.*
5. *Que la legitime ni le supplément ne sont sujets à aucune acceptation, & qu'ils saisissent.*
6. *Que la Loy* Hac edictali *est conforme à cette opinion.*
7. *Comme aussi le premier chef de l'Edit.*
8. *Si on oblige les enfans au rapport, quand on veut regler la part du second mari. Renvoy.*
9. *Si le moins prenant s'entend tant du second que du premier lit.*
10. *Resolution pour l'affirmative.*
11. *Limitation.*
12. *Ce qui appartient au second mari, à qui la femme a donné tous ses biens, à l'exception de ce qu'elle estoit obligée de reserver à ses enfans, supposé qu'il arrive dans la suite qu'elle decede sans enfans.*
13. Quid *si elle luy a tout donné sans restriction.*
14. Quid *si elle a donné autant qu'à un de ses enfans & qu'ils meurent tous avant elle.*
15. *Si l'aîné estant heritier & le cadet donataire & renonçant, le second mari prend autant que l'aîné, eu égard à son droit d'aînesse.*
Que l'on aura égard au droit d'aînesse.
Que l'on n'y aura point d'égard.
16. Quid *s'il n'y a qu'un fils unique du premier lit; & un second mari.*
17. *Si le second conjoint fait nombre pour reduire l'aîné a la moitié dans les fiefs.*
18. *Si les filles dotées & excluses par la Coutume reglent la part du second mari.*
19. *Si le mariage avenant en Normandie.*
20. *Si la part du puîné en Poitou.*
21. *Comment les petits-fils reglent la part du second conjoint.*
22. Quid *s'il n'y a que des petits-fils d'un fils unique.*
23. Quid *s'il n'y a que des petits-fils de divers fils.*
24. Quid *si les donations de diverses souches sont inégales.*
25. *Opinion de Bartole.*

1. La reduction se fait eu égard aux biens qui sont lors du decés.

En premier lieu, cette reduction se doit faire eu égard aux biens qui se trouvent lors du decés: parce que c'est le temps qui regle les successions & tout ce qui en dépend. C'est pourquoy s'il meurt des enfans depuis le decés de la personne remariée, cela n'augmentera pas le droit de son second conjoint, & si les biens déperissent, cela ne le diminuera pas. Monsieur Cujas Consult. 33.

2. De quelle maniere se fait la reduction des donations faites, tant au second mari qu'à ses pere & mere.

En second lieu, supposé que la femme, qui s'est remariée, ait donné non seulement à son second mari, mais au pere ou à la mere, ou aux enfans du premier lit de son second mari, l'on demande de quelle maniere se doit faire la reduction de ces donations? Car il semble que ces donations n'estant pas nulles, mais seulement reductibles, pourvû qu'elles n'ayent pas esté faites en un temps prohibé, on doit executer les premieres, & reduire les dernieres, de la maniere que l'on fait pour donner la legitime aux enfans contre des donataires. Par argument de la Loy *Si libertus 16. §. ult. ff. de jure Patronatus*, & de la Loy *Si quis habens ff. qui & à quib. manum.* Cependant ces donations n'estant reductibles qu'entant qu'elles sont présumées faites au second mari, & ainsi estant présumées faites au profit d'une même personne, comme il paroît par ces termes du premier chef de l'Edit: *Pere, mere ou enfans desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer estre par dol ou fraudes interposées.* Il faut conclure que la reduction s'en doit faire au sol la livre, comme celle des legs & donations pour cause de mort, quand il s'agit d'y donner atteinte à l'effet de fournir aux enfans leur legitime de droit.

3. Si les liberalitez se reduisent toûjours sur la moindre donatió ou quelquefois sur la legitime du moins prenant.

En troisiéme lieu, l'on demande si un des enfans se tenant à son legs, quoiqu'il soit audessous de sa legitime, la part du second mari se doit regler sur ce legs, ou sur sa legitime? Et pour ne point perdre de temps à discuter des choses dont tout le monde convient aujourd'hy, il faut dire que la part du second mari se doit regler, en ce cas, sur la legitime, & non sur le legs; parce que d'en juger autrement ce seroit ouvrir la porte à une infinité de fraudes, par lesquelles on frustreroit entierement le second mari, ce qui est contre l'intention de la Loy. Aussi le supplément de la legitime estant de droit, & même estant fondé sur la présomption de la volonté du testateur, qui a crû avoir donné ou legué à son enfant jusqu'à la concurrence de sa legitime, s'estant seulement trompé sur la quantité, selon Surdus en son Conseil 422. nomb. 24. sur la fin, ce qui est le fondement de la Loy *Omnimodo C. de inoff. testam.* l'enfant qui le refuse, renonce à un droit acquis, & est reputé avoir sa legitime à l'égard de son beaupere, en fraude duquel il renonce à ce droit acquis.

4 Qu'elles se doivent reduire quelquefois sur la legitime.

5. Que la legitime ni le supplément ne sont sujets à aucune acceptation & qu'ils saisissent.

En effet, il doit estre indifferent à l'égard du beaupere, que l'enfant demande ou ne demande pas le supplément de sa legitime, puisqu'il luy appartient comme une dette, que le legitimaire en est saisi de plein droit, & que ce n'est point un profit ni une liberalité sujette à acceptation; Enfin, les termes de la Loy *Hac edictali*, sont conformes à cette opinion: car elle dit, *quod si plures liberi fuerint singulis aequas partes habentibus, minimè plusquam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamque transferri:* Or ce mot *pervenerit* se peut tres-bien appliquer à la legitime, qui vient de la disposition de la Loy, selon la Loy *Lege obvenire ff. de verb. signif.* & elle ajoûte plus bas, *sin autem non aequis portionibus ad eorum liberos me-*

6. Que la Loy *Hac edictali* est conforme à cette opinion.

morata transferint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercæ, vel vitrico testamento relinquere vel donare, seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre; quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate relicta vel data fuerit: Ita tamen ut quarta pars, quæ eisdem liberis debetur, ex legibus nullomodo minuatur. Ce qui montre nettement qu'on doit regler la part du second mari sur celuy des enfans qui a le moins, ensorte neanmoins que cette part ne soit pas au-dessous de sa legitime.

7. Comme aussi le premier chef de l'Edit.

Ainsi la moindre portion est plus dans le droit que dans le fait, à quoy sont conformes les termes du premier chef de l'Edit, qui porte, que *les donations faites au second mari seront réduites & mesurées à la raison de celuy des enfans qui en aura le moins:* ce qui s'entend naturellement de celuy qui en a le moins, tant par donation, que par la disposition de la Loy & de la Coutume, & cela se juge ainsi au Parlement de Toulouse, comme l'atteste Ferrerius, *addit. ad qu. Dur. 42.* Monsieur Maynard, liv. 3. chap. 74. & Monsieur de Cambolas, liv. 4. chap. 18. sur la fin.

8. Si on oblige les enfans au rapport, quand on veut regler la part du second mari. Renvoy.

En quatriéme lieu, on demande si pour regler les avantages du second mari sur la part du moins prenant des enfans, on les oblige au rapport des donations & legs testamentaires qui leur ont esté faits? Et cette question est amplement traitée liv. 3. chap. 6. des Rapports, sect. 2. nomb. 59. où nous avons dit, que pour trouver la part du second mari, il falloit faire, ou supposer le rapport de la part des enfans.

9. Si le moins prenant s'entend tant du second que du premier lit.

En cinquiéme lieu, l'on demande si l'on n'a jamais égard qu'au moins prenant des enfans du premier lit, ou si l'on a quelquefois égard au moins prenant des enfans du second, supposé qu'il soit le moins prenant de tous les enfans? Et comme nous avons dit, que tous les enfans, tant du second, que du premier lit, profitoient de cette réduction, il faut conclure que la part du second mari se doit aussi regler sur celle du moins prenant du second lit, s'il est le moins prenant de tous les enfans, ce qui est de l'esprit & de la disposition précise de l'Edit. De l'esprit, puisqu'il n'a songé à autre chose qu'à fixer les liberalitez envers un second conjoint, & pour cela les réduire sur le pied du moins prenant des enfans, & de la disposition précise: puisque l'Edit parle en general du moins prenant des enfans, sans ajoûter du premier lit; ensorte que l'enfant du second lit produit à son pere cette réduction comme l'enfant du premier, à qui il a fait tort par son second mariage: & c'est le resultat d'un Arrest de la Cinquiéme Chambre des Enquestes, du 18. Juin 1614. qui porte, que la Loy *Hac edictali* se doit entendre *de liberis natis & nascituris.*

10. Resolution pour l'affirmative.

11. Limitation.

6. Cette décision ne doit avoir lieu qu'au cas qu'il y ait des enfans des deux lits; mais non au cas que lors du decés il n'y en ait plus que du second lit, ce qui dépend des mêmes raisons expliquées cy-dessus, dist. 3. nomb. 11. & suivans.

12. Ce qui appartient au second mari, à qui la femme a donné tous ses biens, à l'exception de ce qu'elle estoit obligée de reserver à ses enfans, supposé qu'il arrive dans la suite qu'elle décede sans enfans.

7. Si la femme donne par le contrat de son second mariage à son nouvel époux, tous & un chacun ses biens, à l'exception de ce qu'elle est tenuë de reserver à ses enfans, aux termes de l'Edit, & qu'elle décede sans enfans, le second mari aura tous ses biens.

Il faut dire le même, si elle a tout donné sans restriction: car le predecés de ses enfans fera que la donation, qui se regle eu égard au temps du decés, selon la Novelle 22. chap. 28. aura effet pour le tout.

Si au contraire elle a donné autant qu'à un de ses enfans, & qu'elle n'en laisse aucuns, plusieurs estiment que le second mari donataire ne doit avoir que la part d'un enfant qui auroit pû estre; mais j'inclinerois à dire qu'il aura le tout: parce que la femme n'a voulu restraindre sa liberalité qu'en faveur de ses enfans. Et elle a voulu dire, qu'elle donnoit à son second mari autant qu'à un de ses enfans, supposé qu'elle en laissât quelqu'un en mourant: sinon qu'elle luy donnoit tous ses biens. C'est ainsi qu'en termes de Droit, quand un testateur institué deux personnes pour telles portions qu'il leur assignera dans la suite, & qu'il manque à leur en assigner, on ajoûte à sa disposition, ou l'on suppose qu'il y a ajoûté ces termes: *& en cas, que je ne regle pas leurs portions, je les institué chacun par égales portions,* & c'est la disposition de la Loy 2. *ff. de heredibus instit.* La raison de cette Loy est, que le testateur s'est voulu donner le temps de recompenser le merite de quelque autre, dont il auroit fait un troisiéme heritier, & que ne s'estant point declaré davantage, il s'en est tenu aux deux heritiers qu'il avoit nommez. Et l'on peut dire de même, en l'espece dont il s'agit, que la femme n'a donné à son mari qu'autant qu'à un de ses enfans; parce qu'elle a voulu satisfaire à l'Edit; mais que la mort l'ayant privée des enfans qu'elle avoit de son premier lit, la disposition à laquelle elle n'avoit point voulu donner d'autres bornes que celles de l'Edit, n'en doit plus avoir. Et il y a d'autant plus d'apparence de suppléer cela dans cette donation, que la donatrice sçavoit que les donations faites à de seconds conjoints, se reglent sur le nombre des enfans qui se trouvent au temps du decés; & non au temps de ces donations. Novelle 22. chap. 28.

13. Quid si elle luy a tout donné sans restriction.

14. Quid si elle a donné autant qu'à un de ses enfans, & qu'ils meurent tous avant elle.

8. L'on demande si une femme ayant deux enfans de son premier lit, un aîné qui a quelque préciput & avantage dans les fiefs, & un puiné qu'elle a égalé, & même avantagé par des donations ausquelles il se tient, renonçant à la succession de sa mere, l'on reglera la part du second mari, sur le pied de ce qui appartient à cet aîné moins prenant, en y comprenant son droit d'aînesse; ou sur ce qui luy appartient sans y com-

15. Si à l'aîné estant heritier & le cadet donataire & renonçant, le second mari prend autant que l'aîné, eu égard à son droit d'aînesse.

Que l'on aura égard au droit d'aînesse.

Que l'on aura égar au droit d'aînesse.

prendre ce même droit d'aînesse, & il semble que l'on aura égard au droit d'aînesse, aussi-bien qu'au surplus: parce qu'il est toûjours vray de dire que l'aîné prend son droit d'aînesse dans la succession de sa mere. Et l'Edit doit bien comprendre en cela le droit d'aînesse qui vient du benefice de la Loy: puisqu'il comprend bien les donations qui viennent de la liberalité de la mere, & que si le moins prenant est un donataire, on ne se reglera pas sur la part qu'il auroit euë *ab intestat*, mais sur la donation qui luy a esté faite, pourvû qu'elle équipolle à sa legitime. Ainsi quand c'est de la Loy que le moins prenant tient sa part & portion, comme quand il est reduit à sa legitime, l'Edit veut que la femme puisse donner à son second mari autant que la Loy donne à cet enfant; & quand c'est de la disposition de la mere, qu'il tient ce qu'il a, l'Edit permet à la mere de donner à son second mari autant qu'elle a donné à cet enfant. Et c'est pour cela qu'il a usé de termes generaux, & n'a pas reglé le second mari sur la moindre portion hereditaire d'un des enfans, ni sur la moindre donation; mais sur la part de celuy des enfans qui aura le moins dans les biens de la mere. C'est pourquoy il semble que si l'aîné prend le plus en comptant son droit d'aînesse;

la part du second mari se reglera en cette espece sur ce qui a esté donné au puîné ; & si l'aîné est le moins prenant en comptant ce même droit, la part du second mari sera reglée sur tout ce qui appartiendra à l'aîné, tant en préciput qu'en autre chose.

Que l'on n'aura point d'égard au droit d'aînesse.

Que l'on n'y aura point d'égard.

Nonobstant tout cela, j'estime que la part du second mari se devant prendre, non sur le puîné donataire ; mais sur l'aîné qui est heritier, elle se reglera sur la portion de l'aîné, son préciput deduit ; autrement la mere donneroit atteinte au droit d'aînesse : ce qu'elle ne peut pas faire au profit d'un puîné ; ni à plus forte raison au profit d'un second mari, par rapport auquel le droit de l'aîné est encore plus favorable.

C'est ainsi qu'il a esté dit dans le Chapitre de la Legitime, que quand l'aîné fournit la legitime à ses puînez, & qu'il s'agit de la fixer, l'on considere le droit d'aînesse que la Coutume luy donne, comme un bien qui est hors la succession : & l'on regle cette legitime, ou en supposant que le droit d'aînesse est *extra bona*, & qu'il n'entre point dans la masse : ou en supposant que l'aîné fait part dans cette legitime avec préciput.

Que si pour fixer le droit du second conjoint sur une part de moins prenant, l'on a quelquefois égard à ce que la Loy donne aux enfans, comme à leur legitime, ou à leur part afferante en la succession, il ne suit pas qu'on doive icy avoir égard au droit d'aînesse : parce que ce seroit contrevenir à l'esprit de la Loy, qui le donne à l'aîné par forme de préciput & de prélegs, & hors part, d'où il suit, que ses coheritiers ne luy peuvent estre égalez que par rapport à sa portion égale qu'il prend dans les rotures ; & non par rapport à son préciput, qui autrement cesseroit de luy estre un avantage particulier : ce qui doit avoir lieu, à plus forte raison, à l'égard d'un heritier irregulier, comme un second conjoint, qui ne peut estre reglé que sur la portion égale d'un aîné ; & non sur son préciput : & principalement dans l'espece dont il s'agit, où l'on suppose que l'aîné est déja desavantagé d'ailleurs.

16. *Quid* s'il n'y a qu'un fils unique du premier lit, & un second mari. Sur le même fondement, si la mere ne laisse qu'un fils du premier lit, & un second mari, celuy-cy n'aura qu'autant que le fils, son préciput déduit : parce que dés qu'il a un copartageant, il luy faut necessairement un droit d'aînesse.

17. Si le second conjoint fait nombre pour reduire l'aîné à la moitié dans les fiefs. ☞ Il s'est presenté une autre espece au sujet de ce premier Chef de l'Edit. Une mere qui avoit deux enfans de son premier lit, & pour tous biens un fief de valeur de 12000. livres, a passé à de seconds vœux, & par le contrat de son second mariage, a donné à son second mari tout ce que l'Edit luy permettoit de luy donner. Ce second mariage a esté sterile : ainsi lors du decés de la mere il n'y a eu que trois heritiers, les deux enfans & le second mari : surquoy on a demandé, 1. Si ce fief estant dans la Coutume de Paris, l'aîné y aura les deux tiers, parce qu'il n'y a que deux enfans ; ou la moitié seulement, parce qu'il y a trois heritiers, le second mari estant un troisiéme heritier. 2. Supposé que l'aîné ait les deux tiers, à quoy montera la part du second mari, & comment les deux enfans y contribueront.

La premiere de ces deux questions n'est pas susceptible de beaucoup de difficulté, aprés ce que nous venons de dire : car il est certain que l'aîné aura les deux tiers dans le fief : le second mari n'estant pas actuellement un second heritier, mais un donataire dont la donation est reglée & mesurée sur la part de celuy des enfans qui prend le moins dans la succession : & l'article 16. de la Coutume de Paris qui regle la quotité du droit d'aînesse, ne dit pas qu'afin que l'aîné soit reduit à la moitié, il faut qu'il y ait trois heritiers ; ce qui pourroit s'appliquer à un second conjoint qui tient lieu d'heritier ; mais il dit qu'il faut qu'il y ait trois enfans venant à la succession, ce qui ne se peut appliquer à un second conjoint.

La seconde question n'est qu'une operation d'arithmetique, car au surplus elle dépend de principes tres-constans : estant certain que l'on considerera la donation du second conjoint, qui consiste en une part de moins prenant, comme une dette de la succession, à laquelle l'aîné contribuëra pour sa virile portion seulement, selon l'article 334. de la même Coutume : Ainsi l'aîné & le puîné composant chacun pour égales portions une part de moins prenant à ce second mari, y contribueront chacun de 1333. livres, que l'aîné prendra sur ses 8000. livres, & le puîné sur les 4000. livres, & par ce moyen, le puîné & le second mari auront chacun 2667. livres ou environ, & l'aîné 6667. livres.]

9. Si dans les Coutumes où les filles sont excluses de la succession par leur dotation, il arrive qu'une fille mariée y soit la moins prenante, sa dot reglera la part du second conjoint : pourvû qu'elle équipolle à sa legitime ; non pas quand elle est réduite à un chapeau de fleurs. En effet, le chapeau de fleurs ne se prend pas dans la succession ; c'est encore moins une legitime, c'est un present qui se fait à une fille, que l'on recompense d'ailleurs par un bon établissement, & par un mariage avantageux. 18. Si les filles dotées & excluses par la Coutume, reglent la part du second mari.

Le mariage avenant estant la moindre part, reglera aussi en Normandie la part du second mari. 19. Si le mariage avenant en Normandie.

Comme aussi en Ponthieu la part d'un des puînez dans le quint viager, c'est-à-dire celle du plus âgé des puînez. 20. Si la part du puîné en Ponthieu.

10. Quoiqu'ordinairement les petits-fils soient compris sous le mot d'*enfans* ; neanmoins le second mari ne peut pas estre reduit à la part d'un des petits-fils, qui viennent avec des fils à la succession de leur ayeul : car tous les petits-fils d'une branche ne sont qu'une tête, & n'ont que les droits de leur défunt pere, *L. heredem 59. L. 120. ff. de diverſ. reg. jur.* Aussi le droit de representation n'est pas établi pour procurer aucun lucre aux enfans ; mais pour empêcher que la mort de leurs pere ou mere ne leur cause une seconde perte. 21. Comment les petits-fils reglent la part du second conjoint.

Il y a neanmoins une exception à apporter au cas qu'il n'y ait que des petits-enfans d'un même fils : car comme ces petits enfans viennent alors par têtes, & non pas par souches, le moins prenant d'entr'eux reglera la part du second conjoint. 22. *Quid* s'il n'y a que des petits-fils d'un fils unique.

Aussi ces petits-fils viennent necessairement par têtes à la succession de leur ayeul, & on les compte par têtes pour regler leur legitime sans avoir égard à la souche, Novelle 118. ch. 1. en ce cas, l'ayeul devient le pere de ses petits-fils. Enfin, nôtre question se décide ainsi par les Arrests : il y en a un de l'an 1651. dans Maistre Julien Brodeau, sur la lettre N. de Monsieur Loüet, nomb. 3. & quoique Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. nomb. 1272. ait prétendu que le Parlement de Toulouse avoit jugé le contraire par un Arrest du 16. May 1619. qui est dans Monsieur de Cambolas, liv. 4. chap. 18. & qu'il avoit reglé la donation d'un second mari, sur ce que le fils unique

prédecedé auroit eu en la succession de son pere, & ce qui avoit appartenu de son chef à tous les petits-fils; neanmoins aprés avoir examiné cet Arrest, je n'ay point trouvé qu'il eût jugé cette question, ni qu'il s'y agist de la representation d'un fils unique. Aussi le Parlement de Toulouse n'avoir garde de présupposer une representation dans un cas, où n'y ayant eu qu'un fils unique qui seroit prédecedé, on ne pouvoit jamais s'en imaginer d'actuelle, ni d'habituelle, selon la Novelle 118. ch. 1. d'autant plus que les Parlemens de Droit écrit donnent la legitime aux petits-fils nez d'un fils unique, qui est prédecedé par rapport à leur nombre; & non par rapport au pere, & que cinq petits-fils, nez d'un fils unique, ont une moitié dans les biens de l'ayeul, Stephanus décis. 2. en rapporte un Arrest du Parlement de Grenoble du 6. Avril 1580. d'où je tire une consequence certaine pour la question dont il s'agit: car si les Parlemens des Provinces de Droit écrit avoient eu à établir une representation dans la succession d'un fils unique, ç'auroit esté bien plustost dans le cas de la legitime des enfans d'un fils unique, pour ne leur en pas donner une plus avantageuse, que leur pere auroit euë, s'il avoit survécu, que non pas au cas dont il s'agit, pour favoriser un second conjoint, & pour augmenter sa donaion.

23. *Quid s'il n'y a que des petits fils de divers fils* Que s'il n'y avoit que des petits-fils de divers fils, en ce cas, comme ils succederoient necessairement par souches, la portion du second conjoint se regleroit sur celle de la souche qui auroit le moins.

24. *Quid si les donations de diverses souches sont inégales.* Que si en ce même cas les donations des petits-fils d'une même souche sont inégales, on supposera dans chaque souche une seule & unique donation, qui sera composée de tous les dons particuliers qui auront esté faits à la même souche, & la souche à qui on aura le moins donné, reglera la part du second conjoint, pourvû qu'elle soit au moins proportionnée à la legitime qui appartient à la souche.

Il y a eu une opinion erronée, qui n'a pas laissé d'avoir cours entre des Auteurs d'un grand nom; que pour executer la Loy *Hac edictali*, & la premiere partie de l'Edit, au cas que celuy qui s'est remarié ait tout donné à son second conjoint, il faut commencer par deduire la legitime des enfans sur le total des biens: parce qu'elle leur appartient par droit de nature, & qu'ensuite pour satisfaire à l'Edit des secondes nôces, il faut égaler le second conjoint & les enfans sur l'excedant. *Unum habent*, disent ces Docteurs, *jure naturæ; aliud delicto transeuntis ad secunda vota.* Bartole a esté de cet avis sur la Novelle 22. chap. *optime* 27. & Antonius Faber, *lib. 14. conject. C. 17.* Voyez Bechet en son Traité des secondes Nôces, chap. 31. Il y a même des modernes qui ont donné dans cet écüeil, qui est trop évident pour tromper personne à l'avenir. Il est bien vray que les enfans prennent leur legitime avant que le retranchement de l'Edit ait lieu; comme il a esté dit cy-dessus, distinct. 3. nomb. 4. Mais quand ils l'ont prise, ils ne viennent pas une seconde fois à partage avec le second conjoint: il ne faut pour convaincre de cette verité, que les termes de la Loy *Hac edictali*, & ceux de nôtre Edit. 25. Opinion de Bartole.

A l'égard de la question de sçavoir si ce retranchement qui appartient aux enfans en vertu de ce premier chef de l'Edit des secondes Nôces, doit estre imputé sur leur legitime, nous l'avons traitée en ce livre, chap. 3. de la legitime, sect. 9. nomb. 33.

☞ On ne doit pas compter dans la part du moins prenant les reserves qu'il a en vertu du second chef de l'Edit, quoiqu'on y compte les propres & autres reserves coutumieres: parce que ces reserves sont contre le second conjoint, aussi dans les comptes de communauté, on les met à part, comme choses, où le second conjoint n'a rien du tout, ni en vertu du premier, ni en vertu du second chef de l'Edit.]

SECTION II.

Du second chef de l'Edit des secondes Nôces.

VOicy les termes de ce chef. *Et au regard des biens à icelles veuves acquis par dons & liberalitez de leurs défunts maris, elles n'en peuvent & ne pourront faire aucune part à leurs nouveaux maris; ains elles seront tenuës les reserver aux enfans d'entr'elles & leurs maris de la liberalité desquels iceux biens leurs seront avenus. Le semblable doit estre gardé ès biens qui seront venus aux maris par dons & liberalitez de leurs défuntes femmes: tellement qu'ils n'en pourront faire don à leurs secondes femmes; mais seront tenus les reserver aux enfans qu'ils auront eus de leurs premieres. Toutesfois n'entendons par ce present nôtre Edit, bailler ausdites femmes plus de pouvoir & liberté de donner & disposer de leurs biens, qu'il ne leur est loisible par les Coutumes des païs, ausquelles par ces presentes n'est dérogé, en tant qu'elles restraignent plus, ou autant la liberalité desdites femmes.*

On trouve dans cette seconde partie de nôtre Edit, une Loy imposée à celuy qui se remarie, de conserver aux enfans de son premier lit les liberalitez qu'il a euës de son premier conjoint, dont l'explication dépend de deux choses. La premiere, de faire voir les conditions sous lesquelles cette reserve a lieu. La seconde, quels sont ses effets.

DISTINCTION I.

Des conditions de cette reserve.

SOMMAIRE.

1. *Si les choses mobiliaires sont sujettes à cette reserve.*
2. *Resolution pour l'affirmative.*
3. *Distraction du prix des meubles sur la seconde*

communauté.
4. *Ces meubles & les deniers sujets à l'Edit, se prennent hors part.*
Quid *des presens de nôces.*
5. *Les meubles de la succession du fils du premier lit ne sont sujets à l'Edit.*
6. *Si la part en la premiere communauté est sujette à l'Edit.*
7. *Temperamments apportez à l'art. 279. de la Coutume de Paris.*
8. *Si le douaire est sujet à cette reserve.*
9. *Si la substitution pupillaire y est sujette.*
10. *Si ce qui est donné à un des conjoints en consideration de l'autre.*
11. *Si ce qui vient de la succession d'un des enfans du premier lit, est sujet à cette reserve.*
12. *Si les dommages & interests pour la mort du premier mari y sont sujets.*
13. *Usage de Toulouse.*
14. *Si l'Edit a encore lieu quand le second mari & les enfans du second lit sont tous decedez.*
15. *Resolution pour l'affirmative.*
16. *La mort des enfans du premier lit fait cesser l'Edit.*
17. *Pour revoquer les ventes il faut renoncer: mais non pas pour reprendre contre les enfans du second lit.*
18. *S'il faut estre heritier pour exercer cette reserve.*
19. *Que le second mariage ne doit point profiter aux enfans du premier lit.*
20. *Divers cas, où la fille excluse de la succession, l'est aussi de toute sorte de profits étrangers.*
21. *Qu'en la Coutume de Ponthieu l'aîné profite seul de cette reserve.*
22. Quid *de la renonçante à une future succession.*
23. Quid *de la fille, qui ayant renoncé, se trouve aprés unique du premier lit.*
24. *Si l'enfant qui a renoncé à la succession échûë de sa mere, peut profiter de cette reserve.*
25. *Objection & réponse.*
26. *S'il faut estre heritier de celuy dont les gains nuptiaux procedent.*
27. *Que souvent il faut renoncer pour revoquer les ventes.*
28. *Si les biens sujets à cette reserve sont aussi sujets aux dettes.*
29. Quid *au respect des enfans heritiers.*
30. Quid *des dettes créées depuis la fin du premier mariage & avant le second.*
31. *De la remise des peines de l'Edit.*

La premiere condition & la plus essentielle est, qu'il y ait des liberalitez faites par le premier conjoint, sans quoy il n'y a point de reserve.

1. Si les choses mobiliaires sont sujettes à cette reserve.

L'on peut demander si l'argent ou les meubles donnez sont sujets à cette reserve? Et la raison de douter est, que la possession des meubles se considere peu, *mobilium vilis est & abjecta possessio.* Aussi nous jugeons que la mere n'est point obligée de reserver les meubles ausquels elle succede à son fils du premier lit, contre la disposition précise du §. 1. de la Loy *Fœmina C. de secundis nupt.* & du §. 2. du chap. 46. de la Novelle 22. à quoy nous nous sommes portez par cette même raison, que l'on ne suit point dans nôtre Droit l'origine des meubles.

2. Resolution pour l'affirmative.

Il faut dire, nonobstant cela, que les deniers & effets mobiliers donnez par le premier conjoint, sont sujets à cette reserve, le mot de *biens* qui est dans l'Edit comprenant également les meubles & les immeubles.

Si ce sont meubles meublans, qui sont en nature, & qui se peuvent reconnoître, & ne se sont pas consommez ou alterez notablement par l'usage, ils doivent estre donnez comme ils sont aux enfans du premier lit: autre chose s'ils sont consommez ou alterez notablement par l'usage qu'on en a eu pendant le second mariage, auquel cas il est dû une distraction du prix sur la seconde communauté.

3. Distraction du prix des meubles sur la seconde communauté.

Si ce sont deniers mobiliers, en ce cas, la succession de celuy qui s'est remarié en est chargée, supposé qu'il les ait reçûs avant son second mariage, & sa seconde communauté, supposé qu'il les ait reçûs durant sa seconde communauté: & en ce dernier cas, ces deniers se prendront hors part & par délibation sur les effets de la seconde communauté, & cela *in vim* de la substitution legale de nôtre Edit, qui a empêché que ces deniers n'ayent entré dans cette seconde communauté.

4. Ces meubles & les deniers sujets à l'Edit se prennent hors part. *Quid* des presens de nôces.

L'on juge cependant dans le païs de Droit écrit, que les presens de nôces faits par les parens, ne sont point sujets à cette reserve, & l'on fait difference entre l'augment qui est constitué par un parent du mari, & qu'il ne peut donner qu'au lieu & place du mari qui en est tenu, & ces sortes de presens; à l'égard de l'augment & de la donation pour cause de nôces, on les tient sujets à cette reserve, parce que quand un parent du mari les constituë, il fait la même chose que s'il les donnoit d'abord au mari, & qu'ensuite le mari les constituât à la femme. La Loy *Generaliter 15. C. de secundis nuptiis* y est formelle, mais pour les bagues & joyaux & autres presens de nôces, ils se font par les parens pour se concilier l'amitié d'une personne qui entre dans leur famille. Voyez Monsieur Expilly Plaidoyé 19. Monsieur d'Olive liv. 3. chap. 19. Henrys tom. 1. liv. 5. ch. 4. qu. 64.

Les autres donations faites par les parens de celuy qui se remarie, ne sont point non plus sujettes à cette reserve dans l'un ni dans l'autre Droit, si les circonstances n'en font voir la fraude. Et dans nôtre usage tout ce qui n'est point donné directement par celuy qui s'est remarié, n'est point sujet regulierement à ce chef de l'Edit, Ricard part. 3. chap. 9. glos. 5. nomb. 1352.

Il faut donc dire aussi que les meubles sont sujets à cette reserve, mais non pas ceux que la mere a eu par la succession du fils du premier lit, qui ne peuvent passer pour des liberalitez du premier conjoint, & qui se confondent quand ils passent par le canal d'une double succession, du pere au fils, & du fils à la mere, qui a convolé en secondes nôces. Voyez le nombre 11.

5. Les meubles de la succession du fils du premier lit ne sont sujets à l'Edit.

La part que la femme qui se remarie a euë en la premiere communauté, n'est point sujette à l'Edit, selon le Droit commun du Royaume. Il en est de même des meubles que la Coutume de Reims article 277. donne au mari, qui survit à sa femme, comme par une espece de continuation de possession.

6. Si la part en la premiere communauté est sujette à l'Edit.

Il ne faut point objecter à cet égard que dans le Droit, les dots & les donations à cause de nôces doivent estre reservées: parce que ce n'estoient point des profits qui dérivassent principalement de la disposition de la Loy, mais bien de la convention des parties. Enfin l'on a trouvé que l'article 279. de la Coutume de Paris, estoit si exorbitant, en ce qu'il oblige la femme de reserver les conquests de sa premiere communauté aux enfans de son premier lit, que, 1. l'on n'a jamais voulu l'étendre à aucune autre Coutume. 2. On ne l'a

7. Temperamments apportez à l'article 279. de la Coutume de Paris.

point appliqué à l'homme ; parce que cet article ne parle que de la femme, quoique le premier chef de l'Edit, qui ne parle aussi que de la femme, se soit appliqué à l'homme, & que le second chef dont cet article est une extension, parle de l'homme & de la femme. Et la difference que l'on a trouvée à cet égard entre l'homme & la femme, est que la veuve est redevable à son premier mari des fruits de la communauté, dont il estoit le chef. Voyez Bacquet des droits de Justice, chap. 21. nomb. 350. 3. Ces conquests de la premiere communauté ne sont reservez qu'aux enfans heritiers, & cet article même y est précis. 4. Cet article ne comprend point les meubles, si ce n'est que toute la premiere communauté n'ait consisté qu'en meubles : quoique nous venions de dire, que le second chef de l'Edit les comprend. Voilà les limitations que l'on a apportées à cet art. 279. qui confirment ce que nous venons de dire, que l'esprit du droit commun ne tend point dutout à comprendre les conquests de la premiere communauté dans cette reserve.

8. Si le doüaire est sujet à cette reserve.

Le doüaire n'est point non plus sujet à cette reserve, s'il n'est préfix & excessif: & l'excés consiste en la quantité stipulée, ou en ce qu'on l'a stipulé sans retour. Hors cela, le doüaire est une créance & un titre onereux. D'ailleurs, quand on le regarderoit comme un titre en quelque façon lucratif, ce seroit toûjours une liberalité de la Loy, & non du mari. Pour le préciput conventionnel on le tient sujet à l'Edit, à la difference du préciput legal des nobles, ce qui doit estre limité à la moitié qui vient de la femme.

☞ Mais si le premier mari a donné un usufruit à sa femme, le perd-elle par ses secondes nôces, la Loy *unic. C. si secundo nupserit* y est précise : *si usumfructum maritus rerum suarum decedens uxori reliquerit, eaque in secundas nuptias consortiumque convenerit, usumfructum quem ex priore marito consecuta fuerit amittat : atque eum filiis ex eo die quo nupserit maturè restituat* ; & on ne deduit pas même, selon cette Loy, au profit de la femme, l'interest de chaque année d'usufruit. Mais l'Authentique *hoc locum*, qui suit cette Loy, limite sa disposition au cas que l'usufruit ait esté sous cette condition, *ut ex secundis nuptiis interiret.*]

9. Si la substitution pupillaire y est sujette.

L'on peut demander si le pere ayant fait une substitution pupillaire à son fils au profit de la mere, cet avantage sera sujet à la reserve de la Loy *Fœmina*, & du second chef de l'Edit. Et il faut dire qu'il y sera sujet, parce que cet avantage vient à la mere de la liberalité de son mari, *quia pater ei hoc fecit*, dit la Loy *Papinianus 8. §. sed nec ff. de inoff. testam.*

L'on tient, qu'en ce cas, la succession du pere & celle du fils ne sont qu'une même succession, selon la Loy *Pater fam. 12. ff. de privileg. credit.* Aussi celuy que le pere a institué heritier conjointement avec son fils impubere, prend sa falcidie sur les legs qui sont laissez à percevoir sur luy en qualité d'heritier de l'impubere, non pas seulement eu égard à ce qu'il perçoit de la substitution pupillaire, mais eu égard à ce qui luy revient aussi de l'institution que le pere a faite à son profit. Enfin, ces mêmes legs dont il est chargé comme substitué, commencent d'avoir lieu du jour de la mort du testateur, & les legataires les transmettent de ce jour à leurs heritiers. *L. 1. & 7. ff. quando dies legati cedat.*

Monsieur Maynard livre 3. chap. 81. prétend que cette décision ne doit point avoir lieu dans le Parlement de Toulouse, où l'Edit des meres n'étant pas observé, & la mere pouvant heriter seule de tous les biens de son fils, le pere ne luy donne rien de nouveau par cette substitution pupillaire faite en sa faveur, & qu'ainsi le profit de cette succession ou substitution n'est point sujet au retranchement de l'Edit : & il en rapporte un Arrest de ce Parlement. Mais cette décision ne seroit pas suivie au Parlement de Paris pour les Provinces sujettes au Droit écrit, non seulement parce que l'Edit des meres a lieu dans ces Provinces; mais parce que cette raison de Monsieur Maynard ne nous paroistroit pas décisive. Car quoiqu'on dise, *qui confirmat nihil dat ; sed datum significat*, cela n'empêche pas que le titre d'une disposition bien & dûëment acceptée, n'efface le droit d'une succession legitime, dont le donataire, ou l'heritier testamentaire ne s'est pas voulu prévaloir. C'est ainsi que nous estimons qu'une donation ou un legs fait en collaterale à l'un de ses heritiers présomptifs, quoiqu'équipollant à la part hereditaire que le legataire auroit pû avoir *ab intestat*, neanmoins ne fait qu'un acquest en sa personne, & non point un propre : le titre qui a esté accepté devant prévaloir à celuy qui a esté negligé, & les legs en ligne collaterale ne faisant naturellement que de simples acquests.

D'ailleurs, le mari qui ayant institué son fils du second lit, luy a substitué pupillairement sa seconde femme, ayant esté poussé à cette double liberalité par la prédilection qu'il a pour son second lit : ensorte que le cas de la substitution étant arrivé, il faut regarder tout le testament comme une liberalité faite directement au profit de la femme, & par consequent sujette à l'Edit. *Et sane*, dit la Loy, *cum dotem 57. ff. ad l. falcid. in plerisque ita observatur, ut omissa interpositi ; capientis persona spectetur :* A quoy l'esprit & les termes de nôtre Edit conviennent parfaitement. Aussi Monsieur d'Olive livre 3. chapitre 14. est de cet avis, & rapporte un Arrest du même Parlement de Toulouse contraire à celuy qui est dans Monsieur Maynard.

On demande pareillement si ce qui est donné à un des deux conjoints en consideration de l'autre, est sujet à cette reserve, & quelques-uns concluent indéfiniment pour la negative, & disent, que tout ce qui n'est point donné précisément par le mari à la femme, ou par la femme au mari, ne doit point estre reservé.

10. Si ce qui est donné à un des conjoints en consideration de l'autre.

Cela est neanmoins susceptible de quelque distinction. Car, par exemple, si le pere du mari donne en termes précis un immeuble au mari & à la femme, en ce cas, la femme qui accepte la communauté, & qui contracte un second mariage aprés la mort de son mari, doit reserver le quart de l'immeuble qui luy appartient, aux enfans de son premier lit : parce que quoique l'immeuble entre en communauté pour la moitié de la femme ; neanmoins en matiere de rapport, il est tout entier sur le compte du mari, lequel est obligé de le rapporter à ses coheritiers, comme nous établirons au livre 3. chap. des rapports. Ainsi le mari est reputé donateur: puisque la donation se fait à ses dépens, & qu'il est obligé d'en tenir compte : & par consequent la chose donnée est sujette à cette reserve pour la part de la femme. Si au contraire le mari ne rapporte pas, la donation ayant esté faite par un collateral en une Coutume comme celle de Paris, la femme qui se remarie n'est point obligée à cette reserve.

L'on demande encore si les biens qui viennent à la mere par la succession de l'un des enfans de son premier lit, sont sujets à cette reserve, principalement ceux dont l'enfant avoit herité de son pere ? Et il n'y a pas de doute qu'ils n'y soient sujets,

11 Si ce qui vient de la succession d'un des enfans du premier lit, est

Sujet à cette reserve. si l'on s'attache à la définition précise de la Loy *Fœmina C. de secund. nupt.* & de la Novelle 22. chapitre 46. §. 2. & à l'usage des Provinces de Droit écrit : ce qui estoit limité néanmoins aux biens paternels qui se trouvoient dans la succession de ces enfans, & n'avoit pas lieu pour ceux qu'ils pouvoient avoir acquis de leur chef, selon la Loy 5. *C. ad Senatusc. Tertyll.* abolie pour un temps par la Novelle 2. de Justinien chap. 3. & depuis rétablie par sa Novelle 2. chapitre 46. Mais comme dans nostre pays coutumier la mere n'est ordinairement heritiere que des meubles & acquests de son fils, & que les propres anciens ou naissans appartiennent aux collateraux, que par consequent dans ce que la mere peut heriter de son fils, il n'y a que les meubles qui puissent dériver du pere, desquels nous ne considerons pas l'origine de si loin, comme celle des immeubles, nous n'avons point suivi cette disposition du Droit Romain: Voyez Brodeau sur Loüet lettre A. nombre 1. Ce qui doit avoir lieu dans les Provinces du Royaume qui sont regies par le Droit écrit, & qui ont reçû l'Edit des meres; puisqu'au moyen de cet Edit la mere ne succede plus qu'aux meubles & acquests en proprieté, & à l'usufruit des autres biens. ☞ Il faut dire aussi que ce qui est échû au second conjoint par le decés des enfans du second lit, donataires de leur mere, n'est point sujet au retranchement qui se fait en vertu du premier chef de l'Edit, & n'est point compté dans la part de moins prenant qui luy peut estre donnée, c'est ce qui a esté jugé au rapport de Monsieur le Prestre, par l'Arrest du 25. Fevrier 1595. rapporté par Maistre Julien Brodeau sous N. nombre 3. Arrest 10.]

A l'égard des peres qui s'estoient remariez, ils n'estoient point obligez de reserver aux enfans de leur premier lit, les successions de ceux de ses enfans qui estoient decedez, parce qu'ils les avoient cuës par un droit particulier, & en consequence de la puissance paternelle, ce qui se reconnoist dans la Loy *Generaliter C. de secund. nupt.* & dans la Novelle 3. chap. 3. à quoy la Novelle 22. chap. 46. n'a rien innové. Et j'estime avec Maistre Jean Marie Ricard, part. 1. liv. 3. chap. 9. gl. 5. nomb. 1360. qu'on doit s'attacher à cette disposition du Droit pour les Provinces de Droit écrit: parce que les peines de l'Edit ne se doivent pas étendre, quoique le Parlement de Toulouse y contrevienne en obligeant les peres à cette reserve, comme il se voit dans Monsieur de Cambolas liv. 2. chap. 4.

12. Si les dommages & interests pour la mort du premier mari y sont sujets. Enfin, ce profit funeste que l'on permet à la femme pour l'aiderà la consoler de la mort de son mari qui a esté assassiné, n'estant point une liberalité de son mari, mais luy estant une ressource dans sa douleur, & un soulagement dans sa perte, n'est point sujet à ce second chef de l'Edit, elle le possede librement & en peut disposer à son gré : les dettes du mari ni de la communauté ne sont point affectées là-dessus, suivant ce qui est dit dans l'article 4. du chap. 20. de la Coutume du Comté de Haynaut. Et cette reparation civile imite sa douleur & sa perte, & luy est particuliere. Voyez Monsieur Maynard. liv. 3. chap. 27.

13. Usage de Toulouse. C'est sur un fondement à peu-prés semblable, qu'au Parlement de Toulouse, où l'on donne le tiers des biens du condamné à mort à la veuve & aux enfans, on y juge que la part dont la femme profite dans ce tiers, n'est point sujette à la reserve de l'Edit, & qu'elle n'en perd pas la proprieté par son second mariage. Monsieur de Cambolas livre 1. chapitre 4. sur la fin.

14. Si l'Edit a encore lieu quand le second mari & les enfans du second lit sont tous decedez. La seconde condition est, que le conjoint survivant ait convolé en secondes nôces: surquoy l'on peut demander si l'Edit a encore lieu quand il n'y a plus de second mariage, au moyen du decés du second conjoint, & des enfans du second lit. Car si la mere qui s'est remariée a dissipé, pendant que son second mariage a duré, tous les gains nuptiaux, qu'elle avoit eus de son premier mari, est-il juste que cela s'estant fait à l'occasion d'un second mariage, & cela ayant profité au second mari & à ses enfans, le prédecés de ce second mari & de ses enfans empêche les enfans du premier lit de revendiquer les liberalitez de leur pere en vertu de ce second chef de l'Edit.

15. Resolution pour l'affirmative. Pour moy j'estime que le prédecés du second mari, ou des enfans du second lit, n'empêche point que ce second chef de l'Edit n'ait lieu, quand il reste des enfans du premier lit, & qu'il fait bien cesser l'Edit pour l'avenir & pour les alienations futures; mais non pas pour le passé, quand il y a eu des alienations faites pendant le mariage des choses sujettes à ce second chef de l'Edit. En effet la Loy *Hac edictali §. hu illud C. de secund. nupt.* dit, *his illud adjungimus, ut mulier in his casibus, in quibus ante nuptias donationes, cæteras etiam res à marito ad se devolutas secundum priorum legum statuta liberis communibus, ut paternas, servare compellitur, hoc est ubi morte mariti, matrimonio dissoluto, ad alias nuptias venerit, immobilium rerum & mancipiorum, annonarum quoque civilium usufructu dumtaxat vita sua temporibus potiatur, alienatione earum penitus interdicta.* Et pour l'Edit il prononce à peu prés une semblable interdiction, quand il oblige la femme *de reserver* aux enfans de son premier lit : ce qui emporte une espece de prohibition d'aliener tant au profit des étrangers même à titre onereux, qu'au profit du second mari, ou des enfans du second mariage : or cette espece d'interdiction n'est point levée par la mort du second mari, ni des enfans du second mari, ni des enfans du second mariage, mais bien par la mort des enfans du premier lit. Que si cette interdiction qui est si bien marquée dans cette Loy *Hac edictali* & dans la Loy penultiéme du même titre, aussi bien que dans la Novelle 2. chapitre 2. dans la Novelle 22. chap. 26. dans les Novelles 68. & 98. d'où a esté tirée l'Authentique *Sed etsi quis C. de secund. nupt.* ne s'observe pas avec tant d'exactitude & de rigueur dans le pays coutumier : ce que nous établirons en la distinction 2. nomb. 3. & suivans, l'obligation de reserver les gains nuptiaux aux enfans du premier lit, n'en est pas moins indispensable, pourvû que les enfans du premier lit survivent la mere : car ce n'est pas la mort du second mari, ni des enfans du second lit, qui peut rendre à la mere la liberté des gains nuptiaux de son premier mariage; mais c'est le prédecés des enfans de son premier lit, pour lesquels cet établissement a esté fait, & tant qu'il reste de ces enfans, la reserve de nostre Edit a lieu. Aussi ce seroit rendre l'Edit inutile que de permettre à une femme de dissiper à l'occasion d'un second mariage, tous les gains nuptiaux qu'elle a eus du premier mari, dans l'esperance du prédecés du second : car comme il arrive quelquefois que les seconds mariages sont steriles, & qu'il ne vient point d'enfans qui empêchent cette dissipation, le prédecés du second mari estant d'ailleurs aussi ordinaire que celuy de la femme qui s'est remariée, il arriveroit souvent que l'Edit n'auroit pas lieu, au moyen du prédecés du second conjoint, & à tout hazard une femme remariée commenceroit toûjours par dissiper ses gains nuptiaux, & aliener à bon compte les biens meubles & immeubles qu'elle auroit eus de

de son premier mari : & les enfans du premier lit estant quelquefois obligez de renoncer à sa succession, perdroient cette consolation que l'Edit leur a voulu donner. Ainsi il est necessaire de dire pour assurer l'execution de l'Edit, qu'il a lieu, en ce cas, pour les alienations faites pendant que le second mariage a duré, & pendant qu'il y a eu, ou un second mari, ou des enfans d'un second mariage.

16. La mort des enfans du premier lit fait cesser l'Edit.

La troisiéme condition est donc qu'il y ait des enfans du premier mariage, qui survivent à la mere qui s'est remariée, ou qui laissent eux-mêmes des enfans. Car s'il n'y a point eu d'enfans du premier mariage, ou qu'ils soient decedez avant la mere, l'Edit n'aura point lieu, non pas même pour les dispositions que la mere aura faites des gains nuptiaux de son premier mariage pendant la vie de ces enfans : parce que, encore un coup, ils sont les seuls pour lesquels cet établissement est fait.

17. Pour revoquer les ventes il faut renoncer ; mais non pas pour reprendre contre les enfans du second lit.

La quatriéme condition est, que si les enfans du premier lit veulent faire casser les ventes & autres alienations à titre onereux que leur mere a faites, il faut qu'ils renoncent à sa succession; mais en se portant heritiers ils peuvent prendre cela par délibation sur la succession de leur mere, sans inquieter les acheteurs. Ensorte que s'il y a du bon marché dans la vente faite par la mere, ce qui arrive souvent, & que les enfans du premier lit ne veulent pas renoncer à sa succession, l'acheteur en profite, & ces enfans ne peuvent pas l'évincer en luy rendant le prix qu'il a déboursé. La raison est, que les deux chefs de l'Edit des secondes nôces sont fondez principalement sur l'interest des enfans du premier lit. Or nous avons déja marqué cette difference, qu'un heritier peut bien revoquer une alienation qui est principalement prohibée par l'interest public ; mais non pas une alienation dont la défense a pour principal objet son interest particulier, encore même que la Loy décide que cette alienation emporte nullité, & il y en a un exemple bien précis dans la Loy *Filius familias 114. §. cum pater de legat. 1.* où il est décidé qu'un heritier ne peut pas revoquer l'alienation faite par le défunt des biens substituez à son profit particulier, quoique la Loy declare la nullité de pareilles alienations. Il n'en est pas de même à l'égard des alienations à titre gratuit & des donations : car les enfans du premier lit ont l'action utile revocatoire pour faire casser ces donations, quoiqu'ils soient heritiers de leur mere : parce qu'ils ne profitent pas de ces donations, qui sont supposées sans charge & sans condition.

18. S'il faut estre heritier pour exercer cette reserve.

L'on peut encore demander, supposant le même cas, s'il est necessaire que les enfans du premier lit soient heritiers pour demander cette reserve ? Et il est indubitable que cela n'est point necessaire, parce qu'ils tiennent cette reserve de la liberalité de la Loy : & c'est la disposition de l'Authentique *Hæres C. secund. nupt.* & du *§. extantes* de la Loy *Hac edictali*, au même titre. Mais la difficulté est de sçavoir s'il est au moins requis qu'ils puissent estre heritiers : ce qui se peut agiter à l'égard d'une fille mariée, laquelle par la disposition de la Coutume est excluse en faveur des mâles.

Pour la fille dotée.

Car d'un côté l'on peut dire que comme les choses reserves par la Loy *Fœminæ*, & par le second chef de l'Edit, sont déferées aux enfans *jure sanguinis*, & en qualité d'enfans seulement, & non point comme heritiers, il est inutile qu'ils soient habiles à succeder. Oldrade conf. 249. Qu'en effet si des enfans estoient instituez heritiers pour des portions inégales, ils ne laisseroient pas de profiter de ces reserves par égales portions : parce qu'elles leur sont données, soit au cas que la mere meure *ab intestat* ; soit au cas qu'elle ait disposé de ses biens, & de quelque maniere qu'elle en ait disposé : Aussi la plûpart des Auteurs ont esté d'avis que la fille ainsi excluse ne laissoit pas de profiter des reserves & retranchemens de la Loy *Fœminæ* & de la Loy *Hac edictali.* Et c'est l'opinion de Decius conf. 206. d'Oldrade, conf. 249. de Faschineus, livre 3. chapitre 68. & de plusieurs autres.

Contre la fille dotée.

19. Que le second mariage ne doit point profiter aux enfans du premier lit.

D'autre part l'on peut dire, & c'est à mon avis, l'opinion la plus veritable, qu'il n'est pas juste que la fille, laquelle sans le second mariage de la mere, auroit esté excluse de ces gains nuptiaux, y vienne sous pretexte de ce second mariage, & que les mâles qui en auroient seuls profité, soient obligez de les partager avec elle, par l'effet de la disposition d'une Loy, dont le seul objet a esté neanmoins de conserver les choses à peu prés au même état qu'elles auroient esté, sans le second mariage de la mere. Aussi ce qui se défere ainsi aux enfans, quoiqu'en qualité d'enfans, & non point en qualité d'heritiers, suit ordinairement l'ordre de succeder. Car cela ne vient aux enfans qu'aprés la mort de leur pere ou de leur mere, & les bâtards en sont exclus. Que si un pere a stipulé dans un titre d'infeodation ou dans un bail emphyteotique pour luy & pour ses enfans, la fille, que la Loy municipale exclut de sa succession, est pareillement excluse de cette stipulation. Bartole, conf. 172. De même la proprieté de la quarte que la mere obtient par usufruit, dans le cas de l'Authentique *Preterea*, n'appartient point à la fille qui est excluse de sa succession. Enfin, la fille ainsi excluse n'est non plus considerée que si elle n'estoit pas, & n'avoit jamais esté, & ne fait point partie dans la supputation de la legitime.

20. Divers cas où la fille excluse de la succession, l'est aussi de toute sorte de profits étrangers.

21. Qu'en la Coutume de Ponthieu l'aîné profite seul de cette reserve.

C'est sur ce fondement qu'il a esté jugé par Arrest du 26. Juin 1597. rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, en son Traité de Donat. part. 1. chap. 2. sect. 7. nomb. 209. & auparavant par Monsieur le Prestre, cent. 1. chap. 49. qu'à Ponthieu, où il n'y a qu'un heritier qui est l'aîné, il profitoit seul de cette reserve : ce qui est à remarquer : car les puînez ne laissent pas d'avoir en ce païs le principe necessaire pour pouvoir succeder : puisqu'ils peuvent devenir aînez par le prédecés de leur frere. Mais comme ils sont absolument exclus, & qu'ils sont reduits à un quint viager, tant qu'il y a un aîné, l'on a jugé qu'ils n'estoient pas habiles à se dire & porter heritiers, pendant que cet obstacle duroit, & qu'ainsi ils ne pouvoient pas profiter de cette reserve, non plus que du retranchement porté par le premier chef de l'Edit. Outre que l'Edit, & principalement ce second chef, ayant esté fait pour conserver aux enfans du premier lit ce qu'ils auroient eu sans le second mariage de leur mere, il est necessaire de faire ensorte, que celuy qui auroit profité de ces biens, en profite de la même sorte qu'il auroit fait, si la mere s'estoit contentée de ses premiers vœux.

22. *Quid* de la renonçante à une future succession.

Il faut dire sur le même fondement, qu'une fille qui a renoncé par son contrat de mariage à la succession future de ses pere & mere, est excluse des biens sujets à cette reserve, dans lesquels elle n'auroit eu aucune part, au moyen de sa renoncia-

tion, quand sa mere n'auroit pas passé à de secondes nôces : Que si neanmoins elle se trouvoit unique au temps du decés de la mere, sa renonciation estant caduque, & n'ayant plus d'effet, ne l'empêcheroit pas de profiter de cette reserve, qui n'est faite que pour les enfans, & non point pour les heritiers collateraux. Aussi la fille qui est excluse par les mâles vient à leur défaut, & à la quarte de l'Authentique *Preterea C. unde vir & uxor*, & à l'emphyteose stipulée pour les enfans.

23. *Quid* de la fille, qui ayant renoncé, se trouve aprés unique du premier lit. Que si une fille d'un premier lit a renoncé aux successions futures de ses pere & mere par son contrat de mariage, & que dans la suite elle se trouve unique heritiere du premier lit, au moyen du decés de ses freres germains, elle ne laissera pas de profiter de cette reserve : 1. Parce que sa renonciation est presumée faite au profit de ses freres germains, & non au profit de ses freres d'un autre lit, comme il est expressément décidé par l'article 307. de la Coutume de Bourbonnois. C'est sur ce fondement que l'on dit que le douaire de la seconde femme & des enfans du second lit, ne doit pas estre augmenté par les acquests du fils du premier lit, auquel le pere commun a succedé, quoique ce soient des immeubles qui viennent au pere en ligne directe ; parce que cela seroit contre le vœu naturel des enfans du premier lit. En un mot, les renonciations se doivent regler par la pensée & l'affection du renonçant. Menochius *præs. 16. lib. 4. conject. 3.* 2. Le pere ou la mere qui a stipulé la renonciation, n'est pas presumé avoir voulu, en cas qu'il se remariât, exclure de sa succession tous les enfans de son premier lit, & encore moins des liberalitez de son premier conjoint, ce qui seroit contre l'égalité, que l'on ne s'imagine pas aisément avoir esté violée par un pere à qui la nature l'ordonne, *L. fin. C. communia utriusque judicii.* Ainsi la fille viendra, en ce cas, aux reserves de l'Edit, & au reste des biens, & cela encore même que la renonciation soit declarée faite en faveur du pere : cela même est relatif aux freres germains. Boërius. *decis. 184.*

24. Si l'enfant qui a renoncé à la succession échuë de sa mere, peut profiter de cette reserve. Que si l'enfant renonce à la succession échuë de son pere ou de sa mere, en ce cas, comme il a esté une fois habile à se dire & porter heritier au temps du decés, il y a plus de difficulté, & j'estime neanmoins que s'il a des freres & sœurs qui se portent heritiers, il ne profite pas de cette reserve : parce que quand sa mere ne se seroit pas remariée, il n'auroit rien eu dans les biens sujets à cette reserve au moyen de sa renonciation posterieure ; mais si le renonçant est unique, ou que tous les enfans renoncent d'un commun accord, alors la reserve a lieu à leur profit : parce que la faveur de l'heritier ne combat plus la faveur de l'enfant : & c'est le veritable cas où nous observons l'Authentique *Hæ res*, & le §. *extantes* de la Loy *Hac edictali C. de secundis nuptiis*.

25. Objection & réponse. Que si l'on objecte contre cette décision, la raison même dont nous nous sommes servis dans les autres cas, & que l'on dise que comme tous les enfans venant à renoncer, ils n'auroient rien eu dans les biens de la mere ; aussi ils ne doivent rien avoir en cette reserve, qui n'a plus lieu en ce cas, il faut répondre que quand on dit que les renonçans ne doivent pas avoir plus, que si leur mere n'avoit pas contracté de second mariage, cela se doit entendre au respect des autres enfans, qui sont heritiers : & parce que cette partie de l'Edit estant faite en faveur des enfans du premier lit, il faut en l'observant conserver parmi eux ce qui est de justice & d'équité : ainsi l'on conclut qu'il n'est pas juste que le renonçant qui n'auroit rien eu, profite de ce que sa mere est descenduë à de secondes nôces, au prejudice de ceux qui se disent heritiers : d'autant plus qu'ordinairement sa renonciation n'est pas gratuite : & en cette espece l'on execute l'Edit entre les autres enfans : & pour conserver les regles, l'on exclut le renonçant ; mais lorsque tous les enfans renoncent, en ce cas, l'on execute l'Edit fait en leur faveur sans distinction quelconque : parce qu'il n'y en a point à faire entre des renonçans : si ce n'est que les enfans eussent disertement renoncé à tous les profits & avantages qui leur pourroient appartenir en vertu de l'Edit des secondes Nôces : car une renonciation generale à la succession échuë ne comprend point cecy, qui ne fait point partie de la succession. Outre qu'il faut une clause expresse pour renoncer à ce qui vient par une grace singuliere & accordée avec connoissance de cause, selon la Loy *Libertis §. posthumis ff. de aliment. & cibar. legat.* & la glose sur la Loy *Decurionibus C. de silentiar.*

A l'égard de celuy dont les gains nuptiaux procedent originairement, par exemple du pere, qui a donné à la mere dans leur contrat de mariage, il n'est point necessaire que les enfans qui demandent ce retranchement soient ses heritiers : parce que les biens qu'il a ainsi donnez, n'étoient plus à luy deslors de la donation, ainsi sont indépendans de sa succession : d'où il suit qu'il n'est pas même necessaire de pouvoir estre heritier du pere, & que l'enfant qui aura seulement renoncé à la succession paternelle, viendra à ce retranchement avec ses freres heritiers du pere. 16. S'il faut être heritier de celuy dont les gains nuptiaux procedent.

Au reste, tout ce qui vient d'estre dit des renonçans, n'a rapport qu'aux titres lucratifs & aux donations qui sont sujettes à ce retranchement : car quand il s'agit de donner atteinte en vertu de ce second chef de l'Edit à une vente ou à une autre alienation à titre onereux, souvent les enfans du premier lit, qui intentent cette action, sont même obligez de renoncer à cause de la garantie qui tombe sur eux seuls, quand il n'y a point d'enfans du second, & dont ils n'ont de recours que contre une seconde communauté : ce qui a esté expliqué au nomb. 17. 17. Que souvent il faut renoncer pour revoquer les ventes.

L'on peut encore demander si les enfans possedent les biens qui leur viennent de cette reserve, exempts de toute sorte de dettes ? Et il faut répondre qu'ils les possedent exempts de toutes les dettes personnelles & hypotequaires, que la mere a contractées depuis son second mariage, l'interdiction portée par ce second Chef de l'Edit, ayant commencé de ce jour par rapport aux étrangers, c'est-à-dire aux creanciers & aux acheteurs. 18. Si les biens sujets à cette reserve sont aussi sujets aux dettes.

Je vais plus loin, & j'estime que cette décision a lieu pour les enfans même qui sont heritiers de leur mere : car en qualité de détempteurs des immeubles qui leur viennent de ce chef, ils ne seront pas tenus hypotequairement du total de ces dettes hypotequaires créées depuis le second mariage ; mais ils n'en seront tenus hypotequairement que pour leurs parts & portions : parce que la mere ne pouvoit pas affecter & hypotequer ces biens que l'Edit l'obligeoit de reserver, ainsi ils n'en seront pas tenus à cause de ces biens, mais comme heritiers, & hypotequairement pour leurs parts & portions seulement. 19. Quid au respect des enfans heritiers.

Il n'en est pas de même des dettes hypotequaires créées par la mere avant ou durant son premier mariage. Car ces dettes ayant été créées en un temps qu'elle avoit la libre disposition de ses biens presens & à venir, il n'y a pas de doute que l'action hypotequaire aura lieu à cet égard,

& que chacun des enfans pourra estre tenu hypotequairement & pour le tout sur ces sortes de biens.

30. *Quid des dettes créées depuis la fin du premier mariage & avant le second.* Que dira-t-on à l'égard des dettes créées depuis la fin du premier mariage, & auparavant le second: & les enfans renonçans qui profitent de cette reserve, seront-ils tenus des dettes créées dans cet intervalle ? Et pour moy j'estime qu'ils en seront tenus hypotequairement : parce que dans nôtre Droit, cette espece d'interdiction qui a lieu contre la mere, ne s'explique & ne se déclare que par le second mariage, ce qui sera mieux établi dans la deuxiéme Distinction, & lorsqu'on examinera si les alienations faites depuis la fin du premier mariage, & avant le second, se peuvent revoquer en vertu de cet Edit. Il n'en est pas de même au respect des enfans des deux lits; ceux du premier devant estre indemnisez de ces dettes par ceux du second, & devant avoir les biens sujets à cette reserve francs & quittes des dettes créées depuis la fin du premier mariage, même au cas que ces enfans du premier mariage se portent heritiers : car autrement la précaution de l'Edit seroit inutile.

31. *De la remise des peines de l'Edit.* La cinquiéme condition est, que le conjoint donateur n'ait pas remis au conjoint donataire ce chef de l'Edit : car il le luy peut remettre, & consentir qu'il dispose des choses qu'il luy donne, même en cas qu'il se remarie, selon Balde & Paul de Castre sur la Loy *Filium quem habentem C. fam. ercisc.* Mais la simple stipulation qu'il en pourroit disposer librement, ne seroit pas une dérogation suffisante à l'Edit.

☞ En effet, un mari qui permet à sa femme de se remarier, à proprement parler, ne fait rien : car il ne peut pas l'en empêcher *L. cujus ff. de pignorat. act.* il ne fait que consentir à ce qu'il ne croit pas pouvoir éviter ; il se resout & invite sa femme à un parti qu'il croit necessaire : il ne va pas plus loin; parce que le reste est à la disposition de la Loy, & n'est pas son interest seulement, mais celuy de ses enfans.

L'effet de son consentement ne pouvant avoir lieu qu'aprés sa mort, aprés laquelle il n'a plus ses enfans en sa puissance, il ne peut pas renoncer pour ce temps au droit de ses enfans : car c'est une maxime qu'en general on ne peut pas renoncer au droit d'autruy, quand même il est conjoint avec le sien, *L. ult. ff. de pact.*

On peut aller plus loin : car comme l'interest du pere ne se peut separer de celuy des enfans, on peut soûtenir que la renonciation du pere aux peines de l'Edit, est tout-à fait inutile, & que l'interest des enfans soûtient celuy du pere, nonobstant sa renonciation, comme il est dit en la Loy 4. *ff. de liber causa*, que l'affranchi ne peut pas vendre sa liberté au préjudice de son patron, dont l'interest soûtient la liberté de son affranchi.

Aussi nôtre Edit ne permet point de déroger aux peines qu'il établit : & quand il le permettroit, il seroit censé demander une dérogation expresse; & c'est la plus commune opinion des Docteurs sur l'interpretation de la Novelle 22. chap. 2. laquelle disant : *Si vero nihil testator dixerit aut disposuerit, quod non jam positis & valentibus praeoccupatum sit legibus, nec aliquid contra universales leges ordinaverit, tunc hac nobis lex posita sit.* Accurse l'a ainsi renduë : *Ut si dicat vir nolo quod uxor mea amittat proprietatem eorum quæ lucratur à me ; licet convolet ad secundas nuptias.* Que si ce Commentateur du Droit a dit cela sur la Novelle 22. qui permet expressément de déroger aux peines des secondes nôces, combien est-il plus juste de le dire aux termes de nôtre Edit, qui ne permet pas cette dérogation.

C'est le sentiment de Maistre Charles du Molin sur le Conseil 206. de Decius, de Monsieur d'Olive liv. 3. chap. 16. où il en rapporte plusieurs Arrests du Parlement de Toulouse, de Monsieur de Cambolas liv. 3. chap. 17. qui rapporte aussi un Arrest de la même Cour, & cite Monsieur Coras liv. 3. Miscellan. chap. 1. n. 12. Enfin, c'est l'avis de Faschin. liv. 3. chap. 65.

Que si Monsieur le President Estienne en sa Décision 33. rapporte un Arrest rendu au Parlement d'Aix le 20. Decembre 1582. par lequel il fut jugé qu'un legs de 400. livres, & d'une certaine quantité de vin & de bled fait par un mari à sa femme, jusques à ce qu'elle se fût remariée, estoit propre à la femme, & en cas de secondes nôces, n'avoit point dû estre reservé aux enfans du premier lit, sans qu'il y eût d'autre remise des peines de l'Edit, ni de l'obligation de la reserve imposée par la Loy *Fœmina C. de secund. nupt.* Il n'en faut pas inferer qu'un mari qui approuve qu'aprés son decés sa femme passe à de seconds vœux, soit censé dessors luy avoir remis les peines de l'Edit, il pardonne cet effet d'une fragilité qui luy est connuë ; mais il ne remet pas la peine que la Loy y a voulu attacher, comme une précaution salutaire pour la conservation du bien des enfans: Pour songer à l'honneur de sa maison, il n'est pas présumé consentir qu'on en dissipe les biens : il regle la conduite de sa femme; mais il n'abandonne pas la fortune de ses enfans: Aussi cet Arrest jugea ce legs propre à la femme, par cette raison qu'estant fait d'une somme modique pour luy servir jusques à ce qu'elle eût passé à un second mariage, & estant même composé en partie d'une pension annuelle de choses qui se consomment par l'usage; en partie d'une petite somme d'argent, il ne devoit passer que pour un vray secours d'alimens, non sujet à aucune reserve, selon la volonté présumée du testateur.]

DISTINCTION II.

Des effets de la reserve imposée par le second chef de l'Edit.

SOMMAIRE.

1. *Cette prohibition comprend toute sorte d'alienations.*
2. *Au profit même des étrangers.*
3. *Si la femme qui se remarie, perd absolument la proprieté des choses sujettes à l'Edit.*
4. *Qu'elle ne la perd point en païs coutumier.*
5. *Qu'elle la perd en païs de Droit écrit.*
6. *Si l'Authentique* Lucrum *s'observe en païs de Coutume.*
Que l'Authentique Lucrum *n'a point lieu en païs coutumier.*
7. *Moti de la reserve.*

LEs effets de cette reserve sont doubles : car en premier lieu, ils concernent la prohibition d'aliener: En second lieu, ils regardent la personne des enfans du premier lit, en faveur de qui cette prohibition est faite.

1. Cette prohibition comprend toute sorte d'alienations. A l'égard de la prohibition d'aliener, elle comprend toutes sortes d'alienations, soit à titre onereux, soit à titre lucratif, & l'échange même y est compris, par cette maxime que *nemo invitus carere debet re sua, etiam justo pretio.*

2. Au profit même des étrangers. Cette prohibition comprend aussi toute sorte de personnes, au profit de qui l'alienation pourroit estre faite, soit le second mari, soit les enfans du second lit, soit les étrangers : & en cela, ce second chef de l'Edit differe du premier, dont la prohibition n'est qu'au respect du second conjoint ou de ses enfans, ou d'autres personnes par luy interposées.

3. Si la femme qui se remarie perd absolument la proprieté des choses sujettes à l'Edit. L'on peut demander en premier lieu, si cette prohibition de l'Edit emporte une interdiction absoluë contre la femme qui se remarie, ensorte qu'elle perde la proprieté des choses sujettes à ce second chef de l'Edit. Et il faut distinguer entre le païs de Droit écrit, & le coutumier, & dire 4. Quelle ne la perd point en païs coutumier. qu'elle ne perd pas cette proprieté, selon nôtre Droit coutumier, & que de son vivant les enfans du premier lit ne sont point veritables proprietaires des choses qu'elle est obligée de leur reserver : si ce n'est que l'on applique le mot de *proprietaire* à celuy qui a quelque esperance à la chose, selon la Loy 181. *de verb. signif.* Mais à parler proprement, les choses qui viennent de la liberalité du premier mari appartiennent à la femme, qui s'est remariée à la charge neanmoins de les reserver aux enfans de son premier lit. Car l'esperance prochaine que l'on a de posseder quelque chose, ne fait pas que l'on s'en puisse dire Seigneur & proprietaire : & l'esclave à qui on a legué la liberté, n'est libre qu'au moment de l'addition de l'heredité. D'ailleurs, si on s'attache aux termes de l'Edit, on conclura que la mere n'est point déchûë de cette proprieté; mais qu'elle est obligée à une simple reserve, puisqu'il est ainsi conçu : *Et à l'égard des biens à icelles veuves acquis par dons & liberalitez de leurs défunts maris, elles n'en peuvent & ne pourront faire aucune part à leurs nouveaux maris, ains elles seront tenuës les reserver aux enfans communs d'entre elles & leurs maris, & de la liberalité desquels iceux biens leur sont avenus.* Enfin cela a esté disertement jugé par un Arrest du 27. Mars 1604. rapporté par Monsieur Loüet, en la lettre N. nomb. 3.

5. Qu'elle la perd en païs de Droit écrit. Il n'en est pas de même en païs de Droit écrit : car les Novelles ayant corrigé le droit du Code, ont osté à la mere cette proprieté dés le moment de son second mariage. Monsieur de Cambolas, liv. 4. chap. 46. prétend que cela a lieu encore même qu'elle se remarie du consentement de son défunt mari, qui se soit désigné un successeur, ou du consentement de son beau-pere. Aussi l'on ne suit pas la Loy *Fœmina* ni la Loy *Generaliter C. de secundis nuptiis*, mais bien les cinq Novelles de Justinien, la Novelle 2. chap. 1. la Novelle 22. chap. 23. la Novelle 68. la Novelle 98. & la Constitution que Monsieur Cujas a restituée du liv. 28. des Basiliques, & que Godefroy a inserée au titre du Code *de secund. nupt. L. 11.* & si l'on examine bien ces Novelles, & l'Authentique *Lucrum* avec l'Authentique *Sed et si quis C. de secund. nupt.* qui en ont esté tirées, l'on conclura necessairement, que dans le Droit Romain, la mere perd absolument la proprieté de ses gains nuptiaux, parce que la derniere de ces deux Authentiques fait passer ces gains aux heritiers collateraux des enfans qui meurent avant elle : ainsi cette Authentique présuppose qu'ils en étoient proprietaires dés leur vivant : & la premiere declare, que la mere n'a pas la faculté de disposer de ces gains nuptiaux entre les enfans même de son premier lit.

Enfin, cela a ainsi esté jugé pour le Païs de Droit écrit par un Arrest du 27. Aoust 1629. rapporté par Henrys, tom. 1. liv. 4. chap. 4. qu. 13. & par un autre rendu en 1672. le 27. Aoust, au rapport de Monsieur Tambonneau. Mais pour mieux penétrer les differences qu'il y a à cet égard entre nôtre Droit François & le Droit Romain, il faut examiner si l'Authentique *Lucrum* a lieu dans nôtre Droit coutumier, & c'est la seconde question.

Que l'Authentique Lucrum *n'a point lieu en païs Coutumier.*

Que l'Authentique *Lucrum* n'a point lieu en païs coutumier.

J'estime donc que cette Authentique n'a point lieu dans nôtre Droit coutumier, & qu'une femme qui a passé à de secondes nôces, ne laisse pas de pouvoir disposer au profit d'un des enfans de son premier lit, des liberalitez de son premier mari. 6. Si l'Authentique... s'observe en ... de Coutume.

En effet, si l'on entre dans l'esprit de nostre

Edit, l'on reconnoîtra sans doute qu'il est fait dans cette seule intention, d'empêcher d'un côté que le second mari, ou ses enfans, ne profitent des liberalitez d'un premier mari, contre ses vœux & sa destination : & de la même maniere que l'on ne veut pas que les acquisitions du fils d'un premier lit, venant au pere à titre de succession, augmentent le douaire de sa seconde femme : parce que cela seroit contraire aux vœux du fils, qui a fait ces acquisitions : & d'autre part, l'on a voulu conserver aux enfans du premier mariage ce qui vient des liberalitez du premier mari, ensorte que l'on n'a pas permis à la mere d'en disposer au profit des étrangers.

7. Motifs de la reserve.

Or cette double fin se peut trés-bien accorder avec une disposition que la mere aura faite de ces gains nuptiaux au profit d'un des enfans de son premier lit. A quoy il faut ajoûter que les Loix pénales ne souffrent point d'extension, & que c'est assez d'avoir obligé la mere à cette reserve d'une chose dont elle avoit avant son second mariage, la libre disposition, sans luy oster encore la faculté d'en pouvoir gratifier un des enfans de son premier lit.

8. Exemple tiré de la prohibition d'aliener hors la famille.

Enfin, nôtre opinion se peut encore appuyer sur divers exemples. Le premier est, que selon la plus commune opinion, la prohibition d'aliener hors la famille, n'empêche pas de disposer au profit de quelqu'un de la famille. Michel Grassus, *lib. 2. §. officium here lis qu. 20. n. 7.* d'où il semble qu'on puisse conclure en cas semblable, que l'Edit obligeant de reserver aux enfans du premier lit, n'empêche pas la disposition au profit de l'un d'entr'eux.

Il faut estre averti neanmoins que ce premier exemple n'est pas uniforme dans tous les cas, où il se peut rencontrer. Car il est bien vray que quand il n'y a dans le testament qu'un simple fideicommis tacite au profit de la famille qui resulte de la prohibition d'aliener, & mettre hors la famille, lequel fideicommis ne se verifie qu'en cas d'alienation, & ainsi est reputé conditionnel, comme n'ayant lieu que dans le seul cas que l'heritier transporte les biens hors de la famille, sans quoy la famille vient toûjours à tire de succession, & jamais à titre de substitution, alors l'heritier a le choix de disposer au profit de celuy de la famille que bon luy semble : car quand il a ainsi disposé, il est vray de dire, qu'il n'a point mis les biens hors la famille: Ainsi la condition sous laquelle le fideicommis est fait, n'a point encore lieu, & c'est le cas de la Loy *Voluntas C. de fideic.* Mais il n'en est pas de même lorsque le fideicommis est exprés, & que le testateur a obligé ou prié son heritier de conserver les biens à la famille; car en ce cas, le fideicommis n'ayant pas lieu seulement en cas d'alienation & contravention aux défenses d'aliener ; mais prévenant toute disposition qui pourroit estre faite par l'heritier, la famille y estant précisément appellée, & les biens n'estant plus dans les voyes de la succession, mais dans celles d'une substitution, il est certain que l'heritier n'a point la faculté de choisir dans la famille, ni de disposer au profit de qui bon luy semble, selon la Loy *Omnia 32. §. ult. de legat. 2.* c'est pourquoy il ne se faut pas trop attacher à ce premier exemple : car la reserve est expresse dans les termes de l'Edit au profit des enfans du premier lit.

9. Autre exemple d'une donation faite pour la donatrice & ses enfans mâles.

Le second exemple est tiré du chap. 3. du liv. 6. des Questions de Monsieur Maynard, où il rapporte deux Arrests, dont l'un rendu entre la nommée Catherine Ferraude & le nommé Roquette, jugea qu'une donation faite par une mere à sa fille en faveur de mariage, pour elle & ses enfans mâles, n'empêchoit pas que la fille ne donnât ce qu'elle avoit reçû de sa mere à l'un de ses enfans mâles : l'autre jugea aussi que quand les enfans sont en condition, & sont en quelque façon appellez par la clause, *s'il meurt sans enfans*, le pere ou la mere ne laisse pas de pouvoir disposer des choses même qui sont comprises dans la donation au profit d'un de leurs enfans.

10. Autre exemple tiré de la matiere des enfans en condition.

Le troisiéme exemple est que le pere qui prend à titre d'infeodation ou de bail emphyteotique, tant pour luy que pour ses enfans mâles, ne laisse pas de pouvoir disposer de la chose au profit de l'un de ses enfans mâles.

11. Autre exemple du bail emphyteotique pour le preneur & ses enfans mâles.

Que si ces décisions ont lieu dans toutes ces especes où la reserve est exprimée dans le titre même de la possession du donataire, & ainsi doit estre pratiquée à la rigueur, personne ne pouvant contrevenir au titre de sa possession : à plus forte raison doivent-elles estre suivies dans l'espece dont il s'agit, dans laquelle les profits nuptiaux ont esté d'abord donné à la femme par son contrat de mariage, sans aucune reserve : & la reserve survient seulement comme une peine de ses secondes nôces, qui ne doit point estre étenduë au-delà des termes de l'Edit, & encore moins contre l'intention de son premier mari, qui en luy faisant ces liberalitez, n'a pas entendu luy ôter en aucun cas, la faculté d'en disposer au profit de quelqu'un de leurs enfans. Ainsi dans l'opinion contraire on contrevient même à l'intention du mari, sur la présomption de laquelle neanmoins on a voulu fonder cette reserve, par la Loy *Fœminæ*, & par nôtre Edit.

12. Que nôtre décision n'est point contraire à l'intention du premier mari.

On objectera peut estre contre nôtre opinion, que les enfans ont ces biens si indépendamment de la mere, qu'ils ne laissent pas de les obtenir, quoiqu'ils n'en soient pas heritiers, & qu'ils renoncent à sa succession.

13. Objection que ces enfans ont ces reserves indépendamment de la mere.

A quoy il faut répondre, que cela n'empêche pas que la mere ne puisse disposer de ces sortes de biens entre les enfans de son premier lit : car la Loy n'en dispose ainsi, que pour suppléer à la disposition de la mere : & s'ils tiennent de la Loy la succession *ab intestat*, ils peuvent tenir de la mere la succession testamentaire ; ou recevoir d'elle ces mêmes biens à titre de donations entre-vifs.

14. Réponse que la Loy n'en dispose qu'au défaut de la mere.

Enfin l'on peut faire une objection fondée sur les termes de l'art. 279. de la Coutume de Paris, qui étendant la disposition de ce second chef de l'Edit des secondes nôces, jusques à la part que la femme a euë dans les conquests de la premiere communauté, ajoûte que la femme n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions, dont les enfans des premiers mariages pourroient amender de leur mere : par où les Reformateurs se sont assez expliquez, que les parts & portions des enfans leur estoient toutes acquises.

15. Objection tirée de l'article 279. de la Coutume de Paris.

Il faut répondre à cette objection, que cet article de la Coutume de Paris est contraire à l'Edit, & qu'ainsi il ne doit point servir à son interpretation. Et il est contre l'Edit, 1. En ce qu'il reserve les conquests qui viennent *ex communi collaboratione*, & qui ne passerent jamais pour des liberalitez. 2. En ce que cet article jugeant de ces conquests comme de simples liberalitez, il ne laisse pas aprés cela, d'y donner part aux enfans du second lit, ce qui est doublement opposé à l'Edit : selon lequel ce qui n'est pas liberalité, n'est pas sujet à estre reservé : & ce qui doit estre reservé comme liberalité du premier mari, appartient entierement aux enfans du premier mariage. Ainsi cet argument n'auroit lieu au plus

16. Que cet article est contraire à l'Edit, & ne peut servir à l'expliquer.

que dans le ressort de la Coutume de Paris, & encore pourroit-on expliquer la Coutume, en disant qu'elle signifie que la mere n'en peut disposer au profit d'autres que des enfans de son premier lit. Enfin l'on ne conclut point en cette matiere d'un cas exprimé, à un autre cas non exprimé: parce qu'elle est toute de rigueur.

17. Si à Paris la femme qui se remarie est interdite de donner aux enfans de son premier lit, des conquests de la seconde cõmunauté.

L'on demande en second lieu, si l'article 279. de la Coutume de Paris, interdisant à la femme qui s'est remariée la libre disposition des conquests faits pendant son premier mariage, qu'elle luy défend d'aliener au préjudice des parts & portions qui en doivent appartenir aux enfans de son premier lit, il n'y a pas la même interdiction pour les conquests de la seconde communauté, à l'égard des enfans du premier lit, ou si elle en peut disposer à leur profit. Car il semble que l'Edit ayant voulu établir quelque sorte d'égalité entre les deux lits, comme il se voit par le premier chef, & la Coutume s'y estant en quelque façon conformée, cette prohibition doit estre reciproque: & il doit estre défendu à la femme de donner aux enfans de son premier lit les parts & portions qui doivent appartenir aux enfans de son second lit dans les conquests de sa seconde communauté, comme cet article 279. luy défend de donner aux enfans de son second lit les parts & portions qui doivent appartenir aux enfans de son premier lit dans les conquests de sa premiere communauté, selon la doctrine de Balde sur la Loy *Conventiculum C. de Episc. & Cler.* & la Loy derniere *C. de indicta viduit.* la Loy *Veteres ff. de action. empt.* & la Loy *Cum emptor ff. de rescind. vendit.*

18. Resolution qu'elle n'est point interdite de leur en donner.

Nonobstant cela il faut conclure pour la negative: parce que cette disposition de l'article 279. de la Coutume de Paris est une extension de la peine établie par le second chef de l'Edit, & par la Loy *Fœmina*; & une Loy penale n'est pas faite pour l'égalité. Ce qui estant présupposé il faudroit, afin que toutes ces choses fussent reciproques, qu'il y eût la même raison d'établir la peine contre le premier que contre le second lit, ce qui n'est pas. Bartole sur cette Loy *C. de indict. viduit.* Aussi dans l'usage il n'y a rien de reciproque entre les deux lits: pour ce qui est des deux chefs de l'Edit. Enfin, cecy a esté décidé par l'Arrest du Jeudy 15. Juillet 1610. qui a confirmé une semblable donation faite par Dame Isabelle de Beauville de Laurais, Comtesse douairiere d'Escars, au profit d'une fille qu'elle avoit euë de son premier mariage avec le sieur Maréchal de Montluc, & est rapporté par Monsieur Servin vol. 4. Plaidoyé 22.

19. Précaution pour une seconde femme.

Il ne seroit pas neanmoins défendu à une seconde femme de se précautionner contre cette inégalité, qui peut arriver, & de stipuler dans son contrat de mariage que son mari ne pourroit disposer, au profit des enfans de son premier lit, des conquests de leur future communauté. Sans quoy il n'y a que l'action de rapport entre les enfans des deux lits: mais de droit l'action revocatoire n'est point reciproque.

☞ Jusques à present on a cru, suivant les Memoires de Monsieur du Plessis, que les meubles n'estoient point compris dans la derniere partie de cet article 279. de la Coutume de Paris. 1. Parce que la possession des meubles est peu considerable, *mobilium vilis & abjecta possessio*, 2. Parce que souvent les meubles viennent de succession quoiqu'ils soient dans la communauté. 3. Parce que cette partie de l'art. est exorbitante du Droit commun, les effets de la communauté n'estant point des liberalitez du mari, ce qui doit obliger à en restraindre plûtost qu'à en étendre la disposition, & à juger par consequent que sous le mot de *conquests*, cette partie de l'article a entendu parler des conquests immeubles, & non des simples meubles. Cependant par un Arrest d'Audience de la Grand'-Chambre, du Lundy 4. Mars 1697. rendu sur les Conclusions de Monsieur l'Avocat General d'Aguesseau, entre Jules Rocher, & Consors, Appellans: contre Loüis Guerin, Intimé, plaidans Maistres le Gendre & Guyot, on a ajugé en interpretation du même article 279. que les meubles estoient aussi sujets à cette reserve, à l'instar du second chef de l'Edit, qui oblige de reserver, tant les meubles, que les immeubles du premier lit, aux enfans du même lit; & sur ce fondement, que le mot de conquests est également dans la premiere partie de cet article 279. de la Coutume de Paris, pour la reserve des liberalitez; que dans la seconde partie pour la reserve des effets de la communauté; que cependant on ne doute pas que cette premiere partie ne comprenne les meubles sous ce mot de conquests, conformément au second Chef de l'Edit.]

Quant à la personne des enfans au profit desquels cette prohibition est faite, il est certain qu'il n'importe pas qu'ils soient au premier, au second ou au troisiéme degré, & que tant qu'il y a des descendans du premier mariage, les liberalitez du premier mari leur doivent estre reservées. 20. Que la prohibition de l'Edit a lieu au profit de tous les descendans du premier lit.

En second lieu, ils ont droit sur ces sortes de biens dés le decés du donateur, pour empêcher que de ce moment le donataire qui survit, ne les puisse aliener ni hypotequer; mais non pour les transmettre à des heritiers collateraux, ce chef de l'Edit n'estant fait que pour les enfans du premier lit: ensorte que leur droit est sous cette condition, *pourvû qu'ils, ou l'un deux, survivent au donataire.* 21. Que cela n'a lieu qu'en cas qu'ils survivêt; mais qu'ils ne transmettent pas à leurs heritiers.

En troisiéme lieu, les choses sujettes à ce second chef leur appartiennent en cas de survie, comme par une espece de fideicommis legal. 22. Que cette reserve est un fideicommis legal.

En quatriéme lieu, il est aisé de conclure de ce qui a esté dit cy-dessus, que les immeubles dont les enfans profitent en vertu de ce second chef de l'Edit sont reputez propres du côté du pere ou de la mere, qui a passé à de secondes nôces: puisqu'il a esté établi qu'ils n'en perdoient point la proprieté en se remariant: En quoy ces biens ainsi reservez different du douaire qui est toûjours censé propre paternel. Et je trouve que cela a ainsi esté jugé par Arrest du 22. Avril 1611. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre N. de Monsieur Loüet, nomb. 3. Arrest 26. ce qui est plus conforme à l'esprit de nôtre Droit, que l'Arrest contraire qui est ensuite, ni que la Note manuscrite que l'on impute à Maistre Charles du Molin sur l'article 147. de la Coutume de Paris, nomb. 6. Mais le contraire auroit lieu en païs de Droit écrit, où la chose donnée seroit reputée, en ce cas, venir du donateur; car il y en a une disposition formelle en la Loy *Cum aliis C. de secund. nupt.* 23. Que les immeubles sujets à cette reserve sont propres aux enfans du côté du donataire, non du donateur.

Les donations sujettes à cette reserve sont des meubles ou des immeubles. Si ce sont des meubles, comme de l'argent, la succession de la mere qui s'est remariée en est chargée: à moins que les deniers n'ayent esté payez pendant le second mariage; ou qu'il n'y eût point de clause de separation de dettes avec inventaire dans le contrat du second mariage, auquel cas la seconde communauté en est chargée. 24. Quand la successiõ ou la communauté de la mere est chargée de cette restitution.

Que si ce sont des immeubles, & qu'ils n'ayent

point esté alienez, les enfans du premier lit les prennent par préciput. Que s'ils ont esté vendus, ou ç'a esté depuis le second mariage, ou auparavant. Si depuis la seconde communauté en est chargée, & subsidiairement la succession de celuy qui a convolé en secondes nôces, & subsidiairement encore le tiers détempteur qui doit se desister de l'heritage : parce qu'il a dû connoître la condition de celuy avec qui il a contracté. Mais cela aura-t-il lieu, comme en fait de legitime, nonobstant toute prescription, & tout decret fait durant le second mariage ? ce qui semble devoit estre dit en consequence de la regle *non valenti agere non currit præscriptio*, qui est établie en la Loy *Cum notissimi* §. *illud C. de Præscr pt. 30. vel 40. ann.* & à cause de la qualité de l'action, qui est une action revocatoire, laquelle produit naturellement cet effet, comme il se voit dans l'execution de la Loy *Si unquam C. de revoc.* dans celle de la legitime, dans celle du droit d'aînesse transferé d'un aîné à un puisné.

25. De l'éviction du tiers détempteur qui prétend avoir prescrit ou purgé par decret.

Que si ces immeubles ont esté vendus avant le second mariage, il y auroit de la difficulté de permettre d'évincer l'acquereur : parce qu'il a acquis de bonne foy, & un second mariage ne l'avertissoit pas, puisqu'il n'y en avoit point. A plus forte raison s'il avoit une prescription ou un decret. Il semble aussi qu'il se faut restraindre à dire que la succession de celuy qui a convolé en secondes nôces en seroit chagée, non la seconde communauté, à moins que le prix n'eût esté payé que depuis le second mariage, ou que comme nous avons déja dit, il n'y eût pas de clause de separation de dettes dans le contrat du second mariage ; auquel cas cette reprise seroit une dette mobiliaire qui chargeroit la seconde communauté.

26. Quid si les immeubles sujets à l'Edit ont esté vendus avant le second mariage.

27. Resolution pour l'éviction subsidiaire du tiers détempteur.

Nonobstant tout cela, il faut dire que le tiers détempteur sera évincé subsidiairement, & en cas que les enfans ne se puissent venger sur la communauté ou sur la succession : parce que tel est l'effet de toutes ces actions revocatoires, qui sans cela seroient le plus souvent inutiles. Et le détempteur n'a pas plus sujet de se plaindre, que dans le cas de la Loy *Si unquam*, où on luy impute qu'il devoit connoître le titre de son vendeur, & conclure que puisque son vendeur estoit un donataire, ce titre estoit sujet à revocation par survenance d'enfans. Car dans l'espece dont il s'agit, il a dû prévoir que la femme ayant l'heritage de la liberalité de son premier mari, il seroit sujet à la reserve de ce second chef de l'Edit, si elle passoit à un second mariage : & je ne sçache que la seule revocation pour ingratitude entre toutes les actions revocatoires, laquelle ne produise pas cet effet : parce que le cas de l'ingratitude n'a pas dû se prévoir.

28. Veuves qui se remarient à des personnes indignes.

☞ L'Ordonnance de Blois de l'an 1579. article 182. impose une peine particuliere aux veuves qui épousent leurs valets ou autres personnes indignes: elle declare les donations qu'elles font à ces personnes nulles de plein droit; elle prononce même une interdiction contre ces veuves, afin qu'aprés une action si lâche elles ne puissent plus contracter : les Arrests ont suivi la rigueur de cette Loy : il y en a un du mois de May 1598. dans Peleus liv. 4. art. 94. dans l'espece qu'une Demoiselle d'Angers ayant un fils du premier lit, épousa un soldat de fortune, & poursuivit aprés un de ses debiteurs pour le payement de ce qu'il luy devoit, les parens intervinrent & firent prononcer avec elle par une espece d'interdiction, que la somme seroit mise à interest entre les mains d'un notable bourgeois dont les parens convienndroient, & qu'elle ne pourroit disposer du fond au préjudice de l'enfant de son premier lit.]

Il y a encore d'autres peines pour les secondes nôces qui sont établies par le Droit, & ont lieu dans les Provinces de Droit écrit, comme à Toulouse : car la mere qui se remarie perd la nuë propriété des biens paternels qui luy sont venus par succession des enfans de son premier lit, pourvû qu'elle ait d'autres enfans du même mariage : c'est à dire, qu'elle perd la proprieté de sa portion virile. C'est le dernier Droit qui se trouve en la Novelle 22. chapitre 46. §. 2. Cette peine est donc limitée aux biens paternels, & ne s'étend pas aux biens qui viennent d'ailleurs que du côté paternel, & elle n'a lieu qu'au cas qu'il y ait des freres : car au défaut des freres, la mere qui s'est remariée ne laisse pas de succeder à son fils en pleine proprieté. Enfin, cette peine ne comprend que la succession *ab intestat*; car si la mere a esté instituée où faite legataire par un des enfans de son premier lit, elle ne perd ni l'usage, ni la proprieté de cette liberalité de son fils, sous pretexte de son second mariage : La même Novelle 22. chapitre 46. §. 1. y est formelle, & l'Authentique *ex testamento C. de secund. nupt.* Cette peine a lieu pareillement contre les peres qui se remarient. Voyez cy-aprés livre 3. chapitre 9. nomb. 14. des indignes, Boërius décis. 187. Maynard livre 7. chapitre 55. d'Olive livre 3. chapitre 4.

29. Autres peines des secondes nôces.

* Voyez les Additions.

La même peine a lieu, selon Monsieur Cujas, sur la Novelle 22. chapitre 22. contre la mere qui se remarie dans l'an du deüil : elle perd la proprieté des biens profectifs qui se trouvent dans la succession de son fils ; mais elle conserve la pleine proprieté des biens adventifs : il en est de même de celle qui tombe en faute pendant l'année du deüil : & le Droit compare l'un à l'autre, *Auth. eisdem pœnis C. de secund. nupt.* parce que le mariage de la femme dans l'an du deüil est une faute considerable, & une contravention à la Loy. Mais l'an du deüil ne concerne point les maris. *Fœminis lugere honestum est ; viris meminisse*, dit Tacite, *L. consensu C. de repud. Nov. 2. cap. cum igitur 3. vers. sicut enim patres.* Le Parlement de Toulouse non seulement juge que cette peine va à priver la mere de la proprieté qu'elle auroit euë dans la succession des enfans de son premier lit ; mais il juge qu'elle a lieu au cas même qu'il ne luy reste aucuns enfans de son premier mariage : comme il se voit dans Monsieur de Cambolas livre 3. chapitre 4. ce qu'il reconnoît contraire à la disposition du Droit en la Loy 1. *C. de secund. nupt.* vers la fin. Et il juge cela par cette raison qui se trouve d'ailleurs dans le Droit, que l'honnesteté publique, & non pas la consideration des enfans du premier mariage a imposé aux femmes la necessité d'observer l'année du deüil: & qu'elle n'est pas moins violée par un mariage précipité, encore qu'il n'y ait pas d'enfans du premier lit, à quoy le Parlement de Provence se conforme assez selon le rapport de Boniface, en la suite de ses Arrests tom. 3. livre 1. titre 27. chapitre 5. Mais quoiqu'il y auroit lieu d'adherer à ces décisions, si l'on pouvoit ajoûter quelque chose à des Loix penales, n'étant pas juste que des vœux prématurez, ou même une incontinence précipitée ne subissent que la même peine qui est établie pour de seconds mariages, dans lesquels les mesures d'honnêteté & de bienséance ont esté gardées ; cependant comme c'est le texte de la Loy qui doit determiner, & que les peines des secondes nôces qui se font dans l'an du deüil, lesquelles sont énoncées en la Loy 1. & en la Loy 2. *C. de secund. nupt.* & en la Novelle 22. chapitre 22. consistent en ce

que 1. la femme qui se remarie devient infame. 2. Qu'elle ne peut donner à son second mari que la troisiéme partie de ses biens, [ce qui s'observe au Parlement de Toulouse, comme l'atteste Monsieur d'Olive, livre 3. chapitre 11. & 12.] 3. Qu'elle perd les liberalitez de son premier mari. 4. Qu'elle est incapable de toute disposition testamentaire : car le mot *hereditatum*, qui est dans la Loy 1. s'entend des successions testamentaires, à quoy il faut joindre la peine portée par la Loy 4. *C. ad Senatusc. Tertyll.* qui estoit un temperamment pour la racheter de l'infamie, ce qu'elle obtenoit en donnant la moitié de ses biens aux enfans de son premier mariage, il est difficile d'aller plus loin, & d'ajoûter de nouvelles peines qui ne se trouvent pas dans la Loy. Car il n'y a pas d'apparence de dire que la Loy 2. qui la prive de tout ce qu'elle a remporté des biens de son premier mari, comprenne la proprieté des biens paternels, qui luy sont venus par la mort de ses enfans : puisque la Loy s'explique assez, en disant, *quæ de prioris mariti bonis vel jure sponsalium, vel judicio defuncti conjugis consecuta fuerat, amittat* : Ce qui ne comprend point les biens paternels trouvez dans la succession des enfans. Il faut donc avoir recours à cet égard à la Loy 3. *C. de secund. nupt.* à la Novelle 22. chapitre 46. §. 2. & à l'Authentique *Testamento C. de secund. nupt.* qui ne font perdre à la femme qui se remarie la nuë proprieté des biens paternels, qu'elle trouve en la succession de ses enfans, que dans le seul cas qu'il reste d'autres enfans.

Il faut même observer, que la plûpart de nos Docteurs François ont soutenu que c'étoit inutilement qu'on disputoit à present des peines des secondes nôces, autres que celles qui sont dans l'Edit : parce qu'elles sont abolies par le chapitre penultiéme & le chapitre dernier *extra de nupt.* Mais Monsieur de Cambolas nous atteste que le Parlement de Toulouse les observe la plûpart, & nous venons de voir qu'il y ajoûte quelquefois, quoiqu'avec beaucoup de raison. Plusieurs estiment aussi que ces peines doivent s'observer en ce qu'elles sont avantageuses aux enfans. Joann. Baro *de secund. nupt. num. 12.* Et il semble déja qu'il faut dire indistinctement qu'il n'y a plus d'infamie dans les secondes nôces : parce que nous trouvons dans l'Epistre 1. de saint Paul aux Corinthiens, chapitre 7. que la mort du mari délivre la femme de la puissance maritale, & qu'elle peut épouser qui bon luy semble. Pour les liberalitez qu'elle peut faire à son second mari, en quelque temps qu'elle se marie, elles doivent estre reglées par l'Edit : A l'égard de celles qu'elle a eües de son premier mari, l'Edit y a encore pourvû : que si elle se marie dans l'an du deüil, & peu aprés la mort de son premier mari, on la prive quelquefois de son douaire : mais cela dépend des circonstances : car en general l'an du deüil n'est pas une Loy dans ce Royaume. Mornac sur la Loy 1. *C. de secund. nupt.* où il en raporte un Arrest du mois de Fevrier 1618. pour la veuve d'un nommé Jean Faure, plaidans Maistres Mauguin & Galland. Faber *ad tit. C. de secund. nupt. defin. 2.* Bugnion des Loy abrogées livre 1. chap. 120. Enfin, l'incapacité de tous legs que la Loy 1. *C. de secund. nupt.* prononçoit contre les femmes qui se remarioient précipitamment, n'est pas non plus de nôtre Droit François : mais la reserve des gains nuptiaux, & celle des biens paternels trouvée dans la succession des enfans, sont d'une justice si évidente, qu'il ne se faut pas étonner que les Parlemens des Provinces regies par le Droit écrit, les gardent inviolablement. En general on peut dire avec Tacite, *de moribus Germ. Melius quidem eæ civitates, in quibus tantum virgines nubunt, & cum spe votoque uxoris semel transigitur : sic unum accipiunt maritum, quomodo unum corpus* Que ce n'est pas sans raison qu'on a toûjours consideré les secondes nôces comme peu favorables, & qu'une des Loix de Charondas sous Artaxerxes, au rapport de Diod. Biblioт. *lib. 12.* estoit d'exclure des déliberations publiques ceux qui avoient donné une marâtre à leurs enfans, la patrie ne devant rien esperer de bon de celuy qui formoit de si mauvaises resolutions pour sa famille. Qu'à Rome on ne recevoit point à sacrifier sur l'autel de la Pudicité Patricienne, celles qui avoient multiplié la foy conjugale : Que dans le Concile de Neocesarée tenu en l'an 314. au Can. 3. il y a des penitences imposées pour ceux qui réïterent le mariage, que le Canon 7. du même Concile défend aux Prêtres de se trouver aux festins des secondes nôces : & que le Pape Nicolas déposa le Prêtre qui, contre l'usage de l'Eglise Grecque, avoit celebré le quatriéme mariage de l'Empereur Leon : ce qui causa un schisme ; mais avec tout cela il est vray de dire que les Payens, ni les Chrêtiens n'ont jamais reprouvé absolument les secondes nôces, & que les circonstances qui les conseillent en particulier, les font souvent approuver dans le public.

Saint Jerôme en son Epistre 21. livre 2. rapporte en ces termes les raisons d'une veuve que l'impatience de son état rend fort éloquente. *Patrimoniolum meum quotidie perit : majorum hereditas dissipatur : servus contumeliosè locutus est, imperium ancilla neglexit. Quis procedat ad publicum? Quis respondebit pro agrorum tributis? Parvulos meos quis erudiet, & Vernaculas quis educabit?* Ainsi les soins des affaires, & les embaras du ménage, servent de raisons aux deux sexes pour autoriser les seconds vœux : & quoy qu'en dise Nicolas Faian de la ville de Viterbe, en sa question curieuse, *an mulier transiens ad secunda vota, dicatur castè & honestè vivere*, on n'estoit pas obligé de condamner des changemens ni des prétextes, que tant d'exemples autorisent, & que l'infirmité humaine rend si frequents.

CHAPITRE

CHAPITRE VII.

Des Fruits.

SECTION I.

Des restitutions de fruits entre coheritiers.

SOMMAIRE.

1. *Deux sortes de fruits, les naturels & les civils, les premiers dépendent de la separation du fond, les derniers de leur échéance.*
2. *Premiere exception de cette regle à l'égard de certaines Coutumes.*
3. *Seconde exception à l'égard d'un titre limité à un certain temps.*
4. *Troisiéme exception à l'égard du titre onereux.*
5. *Si le défunt ayant retardé la moisson, elle est reputée faite.*
6. *Que les fruits sur pied sont mobiliers habiles.*
7. *Resolution pour la negative.*
8. *Cas particulier, où les fruits sont meubles par la seule destination.*
9. *Si les fruits sont meubles à l'instant qu'ils sont separez du fond.*
10. *A qui est dû le prix de la Ferme, quand le défunt est decedé aprés la recolte, mais avant l'échéance du prix du bail.*
11. *Qu'il appartient aux heritiers mobiliers.*
12. *Des payemens reculez.*
13. *Par qui la joüissance du relief se continuë, ou par l'heritier des meubles, ou par l'heritier du fief dominant.*
14. *A qui doit appartenir le quartier de rente sur particuliers, ou sur la Ville, qui a commencé sous le défunt.*
15. *Du poisson en étang ou en reservoir.*
16. *Les fruits de la succession peuvent estre ajugez à l'heritier sans qu'il les demande.*
17. *Du possesseur de bonne foy.*
18. *Si l'heritier recupere les fruits qu'on a dû percevoir.*
19. *Si l'on doit restituer à l'heritier les interests des deniers oisifs.*
20. *Restitution des profits faits à l'occasion de la succession.*
21. *Des interests des fruits.*
22. *Quand on doit restituer les fruits en especes ou en deniers.*
23. *De l'estimation des fruits.*
24. *De la déduction des impenses sur les fruits.*

1. Deux sortes de fruits, les naturels & les civils, les premiers dépendent de la separation du fond, les derniers de leur échéance.

Il y a deux sortes de fruits, les fruits naturels, qui dérivent immediatement de la chose, comme le bled & le vin, & les fruits civils, qui ne sont pas produits directement par la chose, mais viennent en consequence de l'usage de la chose, & sont reglez par la convention de l'homme, ou par la disposition de la Loy. Et quoique la Loy *Usura pecuniæ 121. ff. de verb. signif.* refuse à ceux-cy le nom de *fruits*, neanmoins la Loy *Usuræ vicem ff. de usur.* dit, que les interests tiennent lieu de fruits : Or c'est une maxime que les fruits naturels ne dépendent pas de leurs saisons, ni de leur maturité, mais de la perception que l'on en fait & de leur separation du fond, *fructus naturales sola perceptione acquiruntur*, suivant la Loy *Si pendentes 27. ff. de usufr. & quemadm. quis utat. fruat.* Ensorte que c'est cette separation qui declare à qui ils sont dûs ; au lieu que les fruits civils dépendent de leur simple échéance, & appartiennent à celuy qui est proprietaire de la chose, au temps auquel ils sont dûs. C'est pourquoy il est vray de dire, que ce que fait la separation & la perception, à l'égard des fruits naturels, s'opere par la seule échéance des fruits civils. D'où il suit, que les fruits naturels qui se perçoivent en un seul moment, comme la moisson, appartiennent à celuy qui est alors maistre de la chose, mais qu'au contraire entre les fruits civils, ceux qui se perçoivent successivement, comme les rentes, se partagent à proportion du temps, *& de momento ad momentum*, mais ces maximes generales souffrent plusieurs exceptions.

2. Premiere exception de cette regle à l'égard de certaines Coutumes.

La premiere est, qu'il y a des Coutumes dans le Royaume, qui s'écartent à cet égard du Droit commun : car dans quelques-unes les fruits de la vigne sont reputez meubles depuis qu'elle est taillée, à cause de l'esperance prochaine. C'est ainsi qu'en dispose la Coutume de Blois, art. 184. & celle du Maine, art. 256. les repute tels, aprés que la vigne a esté bêchée, & ceux des terres labourables, aprés que ces terres ont esté labourées & ensemencées. La Coutume de Montargis, chap. 8. art. 13. ordonne la même chose, excepté que pour les fruits de la vigne, elle les declare meubles aprés Pâques. Il y en a d'autres où les grains estant en terre sont immeubles jusqu'à la my-May, & meubles aprés ce temps, comme celle de Monstreüil sur mer, art. 47. d'autres où ils sont meubles depuis la Saint Jean, comme celle de Normandie, art. 505. & dans celle-cy un aîné estant saisi de toute la succession, jusqu'à la demande en partage de ses puînez, si le pere meurt avant la saint Jean, & qu'avant ce même terme les puisnez ne demandent point partage, l'aîné les gagne alors, parce que ces fruits se sont ameublis depuis la mort du pere, mais si le pere meurt aprés la saint Jean, ce sont des meubles de la succession dont l'aîné est obligé de compter, Basnage art. 237. sur la fin. Enfin, il y en a qui partagent les fruits des propres entre les conjoints, soit qu'ils soient sur pied, ou non ; & telle est la Coutume de Troyes, art. 88. Mais ces singularitez n'empêchent pas que le Droit commun du Royaume ne soit, que les fruits naturels qui sont sur pied, sont immeubles, & que ceux qui sont perçus & separez du fond, sont meubles, & appartiennent à l'heritier mobilier, & que l'on n'a aucun égard au temps de la semence ni à la maturité des fruits, pour sçavoir à qui ils appartiennent, mais seulement à l'union ou à la separation de ces mêmes fruits d'avec le fond, *non jure seminis, sed jure soli percipiuntur.*

3. Seconde exception à l'égard d'un titre limité à un certain temps.

La seconde exception est, lorsque le titre du proprietaire est limité à un certain temps, comme si l'on a legué à quelqu'un l'usufruit d'un heritage pendant dix années: car s'il arrive que dans la derniere de ces dix années, il y ait une double recolte, ce qui se peut trouver, le legataire n'aura qu'une seule moisson pour cette année: ce qui auroit aussi lieu dans le cas d'un relief dû à un Seigneur feodal, qui ayant choisi la joüissance des fruits d'une année, ne pourroit pas faire une double recolte, quoique si cela arrivoit pendant une saisie feodale, dont le temps n'est point limité, le Seigneur gagneroit la double moisson, & la raison de difference est, qu'une cause limitée doit toûjours avoir un effet limité: Car le droit de relief est limité, & celuy de la saisie feodale ne l'est pas, selon Maistre Charles du Molin, sur la Coutume de Paris, art. 34. gl. 1. nomb. 2. Aussi la Coutume d'Orleans, art. 57. décide, que le Seigneur qui joüit d'une année des fruits de l'arriere-fief, à titre de relief, ne doit pas avoir toute la pêche qui se fait fortuitement dans cette année, ni toute la coupe de bois, mais seulement à proportion de son temps de joüissance, c'est à dire, la valeur d'une année.

Au contraire, la question s'estant presentée en la cause de Monsieur Voisin, Seigneur de Bouqueval, Avocat General au grand Conseil, pour sçavoir si une saisie feodale par luy faite du fief de Versailles, qui estoit en sa mouvance, ayant duré seize mois, & depuis le 19. Aoust 1679. jusques au 22. Janvier 1681. il devoit avoir non seulement les fruits d'une année, mais le tiers de l'année suivante, par Arrest de la Grand'-Chambre du 11. Mars 1681. presidant Monsieur de Bailleul, la Cour en infirmant la Sentence, qui avoit ajugé seize mois des fruits, réduisit la perte des fruits à une année. Cet Arrest est rapporté dans le Journal du Palais, part. 7. pag. 227. & quoique nostre distinction ne soit pas établie dans ce Journal, neanmoins, comme elle est des bons principes, il faut estre persuadé qu'elle est sous-entenduë dans l'Arrest même.

4. Troisiéme exception à l'égard du titre onereux.

La troisiéme exception est, à l'égard de celuy qui possede à titre onereux: car il partage les fruits de l'année à proportion du temps qu'il a accompli les charges. C'est ainsi que les fruits de l'année en laquelle le titulaire d'un Benefice est decedé, se partagent entre ses heritiers & son successeur. Ce qui a lieu, tant à l'égard d'un Benefice simple, que d'un qui a charge d'ames, *quia omne Beneficium propter officium*, suivant les Arrests rapportez par Monsieur Loüet, & son Commentateur, lettre F. nomb. 12. & cette année commence en Janvier, & s'appelle *l'année Ecclesiastique*. Le tout a son fondement dans le Droit, & en la Loy *divortio ff. soluto matrim.* où il est dit, que le mari partage les fruits de la derniere année de la dot, eu égard au temps que le mariage a subsisté. Mais il y a cette difference, que la derniere année du mariage commençoit au même jour que la premiere avoit commencé.

Voilà les premieres idées de cette matiere, laquelle comprend diverses questions, dont les unes sont à regler entre les heritiers d'un défunt: les autres entre ces mêmes heritiers, & des legitimaires, ou le conjoint survivant, ou la veuve douairiere, ou des legataires, ou le successeur à un Benefice.

5. Si le défunt ayant retardé la moisson, elle est reputée faite.

Pour traiter donc celles qui sont à regler entre les heritiers, je demande en premier lieu, si le défunt estant decedé dans le temps de la moisson, & les grains estant en pleine maturité, mais n'ayant pas encore esté cueillis, la moisson ayant peut-estre esté retardée chez luy à l'occasion de sa mort, les grains sont encore reputez faire partie du fond qui luy estoit propre, & si comme tels ils appartiennent à l'heritier des propres, ou bien s'ils sont reputez separez du fond, à raison de leur maturité, & s'ils appartiennent à l'heritier des meubles.

La raison de douter est, que les fruits sur pied sont mobiliers *habitu*, parce qu'ils ont une disposition prochaine à estre coupez, & à estre separez du fond. Et c'est pour cela que Monsieur d'Argentré dit en quelque endroit, que si en vendant l'heritage l'on fait une vente particuliere des fruits qui sont sur pied, il n'en est point dû de lods & ventes, comme aussi le retrait lignager n'a point lieu pour ces fruits: Enfin, la défense d'aliener le fond, ne s'applique pas aux fruits qui sont sur le fond. Ce qui doit avoir lieu à plus forte raison, lorsque les fruits sont en maturité: car le retardement de la moisson qui devoit se faire en un certain temps, ne doit pas préjudicier aux droits des heritiers legitimes, & c'est ce que tant de Coutumes ont voulu prévenir en reglant un temps certain, passé lequel les fruits sur pied sont reputez meubles, comme la Coutume de Normandie, art. 505. 6. Que les fruits sur pied sont mobiliers habitu.

Il faut dire neanmoins que hors les Coutumes, qui ont des dispositions semblables à celle de Normandie, quelque retardement qui ait esté fait de la moisson ou des vendanges, les fruits sur pied sont toûjours partie du fond, & appartiennent à celuy qui doit heriter du fond, suivant la disposition de la Loy *Julianus 13. §. si fructibus 10. ff. de action. empt.* jusque-là même que si le mari a disposé d'une coupe de bois, ou de la pêche d'un étang, & vient à mourir avant que le bois soit coupé, ou que l'étang soit pêché, sa veuve doit avoir sa part dans cette coupe ou dans cette pêche à titre du douaire, supposé que le fond soit sujet au douaire, & la distinction ni la vente ne change point la nature des fruits, non plus que leur maturité. Comme aussi une saisie réelle du fond, comprenant les fruits qui sont sur pied, & les fruits qui sont à venir, le prix des baux judiciaires s'en distribuë comme celuy de l'immeuble, & suivant l'ordre des hypoteques. Ce qui a lieu même à l'égard des creanciers qui n'ont formé leur opposition que depuis la recolte, parce que la saisie qui a prévenu les recoltes, affecte tous les fruits au payement des creanciers hypotequaires, dont elle conserve le droit. Enfin, l'on juge indistinctement en toutes sortes d'especes, qu'il n'y a que la separation actuelle, & la perception des fruits qui les rende meubles. 7. Resolution pour la negative.

Il y a neanmoins un cas où les fruits sont meubles par la seule destination: car dés que pour faire la pêche d'un étang, l'on a levé la bonde, le poisson est meuble, quoiqu'il n'ait pas encore esté tiré de l'étang. Il y en a une disposition expresse dans l'art. 127. de la Coutume de Meaux, qui est restituée à sa veritable lecture, par Maistre Charles du Molin, sur l'art. 1. de celle de Paris, gl. 8. nomb. 30. où il dit au sujet de nostre question, que *eo ipso quod stagnum cœpit evacuari, censentur pisces preoccupati, & effecti quid mobile.* 8. Cas particulier où les fruits sont meubles par la seule destination.

Il ne faut pas non plus obmettre icy une Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 25. du chap. 8. de la Coutume de Berry, qui sert extrêmement à confirmer nostre regle: car cette Coutume disant, que les fruits pendans se partagent comme effets de communauté, Maistre Charles du Molin a restraint cela aux fruits artificiels, qui proviennent d'une dépense commune, ajoûtant ces termes, *secus de fructibus naturalibus.*

9. Si les fruits sont meubles à l'instant qu'ils sont separez du fond.

La seconde question est, de sçavoir, si *vice versa*, les fruits sont meubles à l'instant qu'ils sont separez du fond. Et il est indubitable qu'ils sont meubles dés ce moment : ensorte que l'olive est meuble dés qu'elle est cuëillie, & l'avoine dés qu'elle est coupée, quoique l'une & l'autre ne puisse servir, qu'aprés qu'elle a reçû d'autres dispositions : ce qui est décidé en la Loy *Si ejus fundi 78. ff. de rei vendic.* qui dit, que les fruits sont reputez perçûs, dés qu'ils ne sont plus sur pied, *perceptionem fructus accipere debemus, non si perfectè collecti, sed etiam cœpti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint* : ce qui a lieu, quoique les fruits soient encore sur le champ, & n'ayent pas esté levez, suivant l'Arrest du mois de May 1552. rendu entre Pierre de Launay, & Jean Giffart, & rapporté par Charondas en ses Réponses, liv. 10. Rép. 18. C'est sur le même principe que l'on dit en matiere feodale, que les fruits qui ont esté cueïllis sur le fief, cessent dés ce moment d'estre feodaux, & il y en a un texte dans le chap. 1. *an agnatus lib. 2. tit. 45.* en ces mots, *sed in fructibus, si quos reliquit.*

10. A qui est dû le prix de la Ferme, quand le défunt est decedé aprés la recolte, mais avant l'échéance du prix du bail.

Je demande en troisiéme lieu, à qui est dû le prix de la Ferme, lorsque celuy de la succession duquel il s'agit, est decedé aprés la recolte des fruits naturels, mais avant le terme de payement porté par le bail, ou à l'heritier des meubles, ou à celuy des propres, supposé que la Ferme en question soit un propre du défunt. Car d'un côté l'on peut dire, que des fermages sont des fruits civils, qui dépendent du temps de leur échéance, lequel détermine à qui ils sont dûs, & qu'ainsi l'année du bail n'estant dûë qu'aprés le decés, auquel temps l'heritier des propres a esté saisi du fond, elle luy appartient, & non pas à l'heritier des meubles. Mais d'autre côté l'on dit,

11. Qu'il appartient aux heritiers mobiliers.

avec plus de raison, que les fermages representent les fruits naturels, tellement qu'il est dit en Droit que celuy qui joüit du prix d'une Ferme, joüit de la Ferme même, & est reputé en percevoir les fruits, *qui pretio fruitur, ipsa re utitur fruitur*, dit la Loy 39. *ff. de usufr.* & la Loy 25. §. 1. *ff. de adquir. vel amit. possess.* dit, *per colonos & inquilinos aut servos nostros possidemus.* Ensorte que pour sçavoir à qui sont dûs les fermages, il faut examiner en quel temps les fruits naturels ont esté perçûs, suivant l'art. 207. de la Coutume d'Orleans, & comme dans l'espece ils l'ont esté avant le decés de celuy de la succession duquel il s'agit, il suit que les fermages qui sont dûs aprés son decés, sont reputez meubles comme les fruits qui auroient esté perçûs par le défunt, au cas qu'il eût exploité sa ferme par ses mains, le terme du payement n'ayant esté apposé qu'en faveur du Fermier.

Ce qui paroîtra plus sensiblement dans cette autre espece, où l'on suppose que le proprietaire d'une ferme en ait disposé en Septembre, la recolte estant achevée, mais le prix du bail n'estant dû qu'à la saint Martin : car il est indubitable que l'acheteur ne pourra pas prétendre le prix du bail de cette année, qui tient lieu au vendeur de la recolte qui s'est faite avant la vente. De même, quoique l'article 74. de la Coutume de Paris, permette au Seigneur censier de proceder par voye d'arrest ou brandon sur les fruits pendans sur l'heritage qui est de sa censive, pour les arrerages du cens qui luy sont dûs, il ne pourroit pas exercer cette forme de saisie sur le prix du bail aprés la recolte, & si le relief est ouvert en Novembre, le prix du bail qui est dû à la saint Martin, n'y est pas compris, parce qu'il est dû pour une recolte qui ne dépend pas du relief, ce qui auroit aussi lieu au cas d'une saisie feodale faute de foy & hommage, laquelle seroit faite dans le même temps. Aussi nostre question se trouve ainsi décidée en la Loy *Si defuncta 58. ff. de usufr.* & dans l'art. 510. de la Coutume de Normandie, qui dit, *les deniers des fermages sont censez meubles du jour que les fruits sont perçûs, encore que le jour du payement ne soit pas échû.* A quoy l'on peut aussi rapporter l'art. 212. de la Coutume de Sedan : c'est l'avis de Maistre Charles du Molin, sur l'article 1. de la Coutume de Paris, glose 8. nombres 10. & 11.

Les payemens reculez & termes extraordinaires, qui se donnent quelquefois d'une année à l'autre, pour le payement des fermages, ou des loyers de maisons de Ville, ne changent rien à ce qui vient d'estre dit. Car nonobstant le delay de payement, l'on considere à l'égard du bien de campagne, le temps de la perception des fruits naturels qui détermine à qui appartient le prix de l'année : à l'égard des maisons de Ville, l'on y considere la joüissance actuelle, & l'habitation, suivant la Loy, *Defuncta*, & la Loy *Qui usumfructum §. ult. ff. de usufr.* & la Loy *Seius ff. ad Trebell.* 12. Des payemens reculez.

La quatriéme question qui se peut presenter entre des heritiers, est de sçavoir si le défunt ayant commencé de joüir à titre de relief d'un arriere-fief, qui estoit ouvert de son vivant, c'est l'heritier des meubles qui doit continuer de joüir le reste de l'année, ou l'heritier des propres, à qui l'on suppose qu'appartient le fief dominant? Et il faut dire, que ce reste de joüissance appartient à l'heritier des meubles, parce que ce relief est un fruit & une obvention, qui n'arrive pas successivement, mais qui est dû en un seul moment, c'est à dire, à l'instant de la mutation, quoique l'execution & la perception de ce droit se proroge quelquefois pendant une année entiere, de ce moment le droit est dû, quoiqu'il ne puisse pas quelquefois estre perçû en son entier. Ainsi de ce même moment il est reputé mobilier. Ce qui est si vray, que nous dirons dans la suite, qu'encore que les fruits du Benefice se partagent toûjours entre les heritiers du dernier titulaire, & son successeur à proportion du temps, neanmoins s'il est échû un relief du temps du dernier titulaire, qui ait choisi la joüissance des fruits d'une année, c'est une question que de sçavoir, si cette joüissance se partagera avec le successeur, parce que le relief n'est pas un fruit de l'année, mais un fruit qui arrive dans l'année. Enfin, il en est de cela comme des obligations dans lesquelles le délay de payer, ne change point la nature ni l'hypoteque de l'obligation, suivant la Loy *Cedere 213. de verb. signif.* & comme des legs, qui ne pouvant estre demandez qu'aprés l'ouverture du testament, ne laissent pas d'estre dûs du jour de la mort. On juge sur le même fondement, que la mutation estant arrivée du temps de l'usufruit du fief dominant, si l'usufruitier meurt avant que d'avoir perçû le relief, il appartient à ses heritiers & non au proprietaire. Comme aussi le Fermier du fief dominant, quoique son bail soit expiré, continuë de joüir du relief qui est arrivé du temps de son bail. Il y en a un Arrest du 5. Aoust 1600. rapporté par Monsieur Loüet, en la lettre R. nomb. 44. 13. Par qui la joüissance du relief se continuë, ou par l'heritier des meubles, ou par l'heritier du fief dominant.

Que dira-t-on à l'égard des rentes constituées sur particuliers, ou sur la Ville, le défunt estant decedé aprés un quartier commencé & non achevé? Ce quartier appartiendra-t-il pour le tout à l'heritier des propres, à qui l'on suppose que ces rentes doivent appartenir, ou l'heritier des meu- 14. A qui doit appartenir le quartier de rente sur particuliers, ou

sur la Ville, qui a commencé sous le défunt. bles les doit-il partager à proportion du temps? Et il faut distinguer entre les rentes constituées sur particuliers, & celles constituées sur le Roy. A l'égard des premieres, l'heritier des meubles en a sa part à proportion de ce qui estoit échû au jour du decés, quoiqu'alors les arrerages n'en pussent pas estre poursuivis, parce que les rentes constituées produisent des fruits successifs, qui renaissent chaque jour, & sont dûs à mesure, quoiqu'on ne les puisse demander qu'à la fin du quartier, ou autre terme convenu. Bacquet, chap. 15. nomb. 53. le terme défini pour le payement de ces arrerages, estant le délay de l'obligation, mais les Arrests en ont jugé autrement à l'égard des rentes de la Ville.

C'est un genre de contrats de constitution, où les Peuples ont l'honneur de traiter avec leur Souverain, & dont les conventions s'observent avec tant d'exactitude, que l'experience nous apprend, que dans la vicissitude des temps & des fortunes privées, il n'est pas de revenus si certains. Et si l'on place ordinairement la Statuë du Prince dans l'Hôtel, où ces arrerages s'acquittent si ponctuellement, ce n'est pas moins l'effet d'une juste reconnoissance, que les suites d'un profond respect, puisque c'est le lieu d'où il semble faire subsister tous ses Sujets. Or ces arrerages ont cela de particulier, qu'ils ne sont reputez dûs qu'à bureau ouvert: ce qui se voit dans les Arrests que les Commentateurs rapportent sur l'art. 92. de la Coutume de Paris. Le fondement de cette Jurisprudence, c'est la nature des ces rentes, qui dépendent dans tout leur cours de la volonté du Prince, mais elles n'ont rien en cela d'extraordinaire, & qui ne leur soit commun avec le cours des fleuves, & avec la chaleur du Soleil, lesquels, quoique la nature en soit en possession depuis tant de siecles, sont dans une dépendance perpetuelle de leur source. Cependant il n'y a jamais eu que les Esséniens, qui au rapport de Josephe, ayent craint que le Soleil, ce Prince de la Nature, dont la presence & la vertu admirable, sont si essentielles à l'Univers, s'avisast jamais de suspendre le cours de ses influences.

15. Du poisson en estang ou en reservoir. L'on demande encore, si le poisson qui est dans l'étang ou vivier, appartient à l'heritier mobilier, ou à l'heritier de la terre où est l'étang que l'on suppose propre ? Et il faut distinguer entre un simple reservoir, & un étang : car le poisson en étang fait partie de la Maison, & appartient à celuy à qui la Maison est dûë ; & pour se servir des termes de la Loy *Julianus 13. §. ult. de act. empt. sunt quasi pars ædium, vel propter ædes.* Que si le défunt avant son déces avoit levé la bonde de l'étang pour le pescher, déslors, quoique le poisson n'eût pas esté tiré de l'étang, il appartiendroit à l'heritier des meubles, & seroit reputé un fruit perçû & cueilli, suivant l'article 127. de la Coutume de Meaux. Que si le poisson est dans un simple reservoir, ou en une boutique sur l'étang, il est aussi reputé meuble, selon la Loy suivante du même titre. Et cette distinction qui a esté faite par Maistre Charles du Molin, sur l'art. 1. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 8. nomb. 18. & suivans, fait la matiere de l'art. 91. de la nouvelle Coutume. Enfin, il en faut dire autant du lapin & du pigeon qui sont immeubles, tant qu'ils restent dans la garenne, & dans le colombier, mais la volaille de la basse-court est toûjours meuble, suivant la Loy *Non magis 16,* au même titre *de act. emp.*

16. Les fruits de la succession peuvent é- Il faut observer à present, que quand un heritier demande qu'on luy restituë sa part hereditaire, le Juge luy en peut ajuger les fruits, quoiqu'il ne les ait pas demandez en particulier, supposé qu'il y ait lieu à cette restitution, que ce soit un coheritier qui soit condamné, ou qu'il y ait de la mauvaise foy de la part du possesseur, ou que ce soient des fruits échûs depuis la contestation, parce que les fruits augmentent naturellement la succession, qui est un titre universel susceptible d'augmentation : ce qui se peut fonder sur la Loy *Nec ullam 13.* & sur la Loy *Item veniunt 20. §. item non solum ff. de petit. hered.* & c'est le sentiment de Balde sur la Loy 1. *de fruct. & lit. expens.* & d'Accurse sur la Loy *Si post motam C. de petit. hered.* Et Bartole sur cette même Loy *Item veniunt*, établi cette difference entre la revendication d'une chose particuliere, & l'action par laquelle on poursuit une succession échuë; qu'au lieu qu'il suffit d'avoir demandé une succession, pour en pouvoir avoir les fruits, l'exploit de la revendication d'une chose particuliere doit faire une mention expresse de la restitution des fruits : ce qui doit servir d'explication à l'Arrest rapporté dans Papon liv. 18. tit. 4. Arr. 9. Car cela a lieu à bien plus forte raison dans nostre Droit, à cause de la regle *le mort saisit le vif.* tre ajugez à l'heritier sans qu'il les demande.

En second lieu, il est certain, que dans nostre usage, la bonne foy du possesseur l'exempte de restituer les fruits de la succession. C'est pourquoy si un heritier ayant usurpé la part de son coheritier, en a disposé, la bonne foy de l'acquereur le dispense de la restitution des fruits : ce qui est aussi fondé sur la disposition du Droit, en la Loy *Bonæ fidei ff. de adquir. rerum dominio.* Mais cela n'a lieu qu'en cas que les fruits ne soient plus en nature : Car s'ils y sont encore, il ne se peut dispenser de les restituer, selon la glose sur la Loy *Et ex diverso ff. de rei vendicat.* 17. Du possesseur de bonne foy.

3. L'heritier recupere les fruits qu'on a dû percevoir, & qu'il auroit perçûs actuellement s'il avoit joüi : Il y en a une disposition précise en la Loy *Domum ff. de rei vendic.* qui dit, *domum quam ex matris successione ad te pertinere dicis, & ab adversa parte injuriâ occupatam esse ostenderis, Præses provinciæ cum pensionibus quas percepit, aut percipere poterat, restituere jubebit:* A quoy l'on peut ajoûter la Loy *Sed etsi 25. §. 3. & 4. ff. de heredit. petit.* & la Loy *Si navis 62. ff. eodem*, où le grand Papinien décide, que celuy qui est mis en possession d'un navire qu'il sçavoit ne luy pas appartenir, doit restituer le profit que le proprietaire auroit dû tirer du loüage de ce navire, & la Loy *Quidquid C. arbitrium tut.* mais ces Loix supposent un possesseur de mauvaise foy. Que si l'action de petition d'heredité s'intente contre un possesseur de bonne foy : par exemple, contre celui qui croyoit estre dans le plus proche degré, parce que celuy qui l'auroit dû préceder, estoit absent depuis un long temps, & l'on avoit reçû de fausses nouvelles de sa mort, elle n'emporte que la restitution des fruits extans, ou dont le possesseur s'est enrichi, & c'est la teneur du Senatusconsulte que l'Empereur Adrien fit faire sur ce sujet, & qui est rapporté au titre du Digeste, *de heredit. petit. Eos autem qui justas causas habuissent quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat quo locupletiores ex ea re facti essent.* Et la disposition de la Loy 1. C. du même titre. La raison de cette disposition est, que celuy qui recueille ainsi une succession, qu'il croit luy appartenir, augmente d'autant sa dépense, & commence à vivre plus largement, mais tout possesseur est reputé en mauvaise foy depuis la contestation en cause, même depuis la demande, suivant la Loy *Sed etsi 25. §. si ante ff. de heredit. petit.* C'est 18. Si l'heritier recupere les fruits qu'on a dû percevoir.

aussi la disposition de l'Ordonnance de Villiers-Cotterests de l'an 1539. article 94.

19. Si l'on doit restituer à l'heritier les interests des deniers oisifs.

Que dira-t-on à l'égard de l'argent comptant trové sous le scellé, & du prix des meubles, cela doit-il produire interest au profit de l'heritier? Et il faut répondre pour la negative. La raison de difference entre cette espece & celle de la Loy *Si navis 62. ff. de rei vendicat.* est, que le possesseur n'a pas esté obligé de s'exposer à prêter à interest les deniers dont il s'agit, sur la bonne foy d'un debiteur, qui pouvoit estre insolvable, & avec qui il pouvoit perdre son principal & ses interests; au lieu que dans l'espece de la Loy *Si navis*, le peril n'est pas si grand de celuy qui loue un vaisseau en une saison propre au voyage. D'ailleurs, & c'est icy une autre raison de difference que rend le Jurisconsulte dans la Loy qui vient d'estre citée, il auroit prêté cet argent à ses risques, perils & fortunes, & auroit esté responsable de l'évenement, mais dans l'espece de la Loy *Si navis*, il n'auroit pas esté garant du vaisseau, *quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur.* Or il a esté obligé de faire le profit du proprietaire, où il n'y avoit point de peril pour luy. C'est pourquoy il faut conclure que dans l'un & l'autre Droit le possesseur, même de mauvaise foy, ne doit point de pareils interests.

20 Restitution des profits faits à l'occasion de la succession.

En quatriéme lieu, l'heritier en termes de Droit, peut demander non seulement les fruits perçûs, mais même les profits que le possesseur a fait à l'occasion des biens de la succession, comme s'il les a vendus cherement, ou qu'aprés les avoir vendus leur prix, il les a ensuite rachetez à vil prix, suivant la disposition de la Loy *Si & rem 22. ff. de petit. hered.* ce qui, à mon avis, ne seroit pas admis parmy nous indistinctement. Car si dans le premier cas à cause de la subrogation naturelle du prix à la chose, laquelle d'ailleurs le possesseur n'est pas en état de restituer, l'on fait profiter l'heritier de l'excedant de la vente, il y auroit lieu de douter que dans le second cas, qui est celuy du rachat à vil prix, le possesseur ne fût quitte en offrant de restituer la chose même, dont il auroit recouvré la possession.

21. Des interests des fruits.

En cinquiéme lieu, l'heritier a droit de conclure non seulement à la restitution des fruits perçûs, ou que l'on a dû percevoir, mais encore aux interests de la juste valeur des fruits du jour de la demande, & ce n'est point accessoire d'accessoire, ni interest d'interest, ni de seconds fruits, parce qu'en cas les fruits font un principal. Et c'est une maxime que toutes les fois que l'on conclut à la restitution des fruits, pour la joüissance de quelque heritage, les interests en peuvent estre demandez, parce que la peine de la demeure ne peut consister que dans ces seuls interests, les fruits estant dûs naturellement, & dans nostre espece, augmentant de plein droit la succession, comme il a esté dit cy-dessus. C'est pourquoy la Loy *Quaero 54. ff. locati cond.* dit, que celuy qui a cautionné un Fermier sans reserve, est même tenu des interests des fermages, dont il est en demeure, mais la Loy 51. *ff. de petit. hered.* est formelle pour la question proposée. Enfin, cela a esté jugé par un Arrest rendu au rapport de Monsieur de Lamoignon le 20. Juillet 1630. qui se trouve dans Maistre Julien Brodeau, sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 55. Arr. 5. & cet Arrest a servi de fondement à un du 9. Janvier 1657. rapporté dans le Journal d'Audiences livre 11. chap. 2. Or ces interests des fruits doivent estre ajugez au denier vingt, parce que ces fruits auroient pû produire cet interest à l'heritier: ce qui est même conforme à l'Authentique *de non alien. cap. 2. §. 1.* & au sentiment de la glose sur l'Authentique *perpetua C. de sacros. Eccles.*

Il y a encore d'autres cas où l'on ajuge des interests des fruits, ou des premiers interests, comme à la caution qui a payé des interests: car on luy doit des interests de ces interests, qui luy tiennent lieu de principal.

Lorsque le possesseur est obligé de restituer à l'heritier les fruits de plusieurs années, il y a souvent de la contestation pour sçavoir si cette restitution se fera en especes, ou en deniers. Car si c'est du bled, par exemple, qui est dû à l'heritier, & qu'il soit cher lors de la condamnation, l'heritier veut estre payé en especes, au contraire celuy qui doit restituer, veut payer en deniers, eu égard à ce que le bled pouvoit valoir chaque année. Et premierement, si celuy-cy a encore les bleds qu'il a recueïllis, comme il arrive souvent que l'on accumule les bleds de diverses années, en ce cas, il est obligé de les restituer en nature: comme aussi il est quitte en les restituant, sans que l'heritier ait droit d'opposer, qu'il a dû vendre le bled au bout de chaque année, parce qu'il ne doit que ce qu'il a perçû, & c'est une maxime établie au commencement du titre des Instit. *quib. mod tollitur oblig.* que *solutione ejus quod debetur, solvitur omnis obligatio:* d'ailleurs, l'heritier se doit imputer d'avoir negligé ses droits. 22. Quand on doit restituer les fruits en especes ou en deniers.

En second lieu, si les fruits ne sont plus en nature, le possesseur en doit rendre le prix, mais la prisée ne se fait pas en bloc, comme il fut jugé par l'Arrest du 16. May 1534. rapporté par Papon, livre 18. titre 4. Arr. 17. En troisiéme lieu, comme le prix des grains est souvent inégal en une même année, l'on suit le prix commun de l'année, suivant la Loy *Si servum 33. ff. ad L. Aquil.* qui dit, *pretia rerum non ex singulorum utilitate, sed communiter fungi*, & la Loy *Pretia 63. ff. ad L. falcid.* ce qui a esté jugé par un Arrest du 16. Fevier 1630. rapporté au même endroit art. 15. & l'on suit en cela le rapport des gros fruits qui doit estre mis au Greffe, suivant les articles 102. & 103. de l'Ordonnance de Villiers-Cotterests de l'an 1539. & l'article 6. du titre 30. de Ordonnance de 1667. 23. De l'estimation des fruits.

Enfin, il faut observer que le possesseur même de mauvaise foy a droit de déduire ses impenses sur les fruits qu'il est obligé de restituer à l'heritier, suivant la Loy *Si à domino 36. §. fructus 5. ff. de petit. heredit.* & la Loy *Fundus qui 51. ff. fam. erc.* mais lorsque quelqu'un laisse divers heritiers, & qu'il y a des fruits pendans sur l'heritage propre, l'heritier des meubles n'a pas droit de repeter les labours & semences, de l'heritier à qui cet heritage appartient, quoique cela s'observe ainsi en matiere de communauté de biens, selon l'article 231. de la Coutume de Paris, & la raison de difference est, que le mari, par exemple, qui a ensemencé l'heritage de sa femme, a fait cela sur le fond d'autruy, entant que la recolte ne vient pas pendant sa communauté, & si les heritiers de sa femme profitoient des fruits, sans estre obligez de restituer ces impenses, ce seroit une injustice manifeste, qui arriveroit entre associez, mais en fait de successions, il est vray de dire que le défunt ayant semé sur son fond, sa dépense n'est jamais sujette à repetition, & l'on prend sa succession comme on la trouve. 24. De la déduction des impenses sur les fruits.

☞ Que si le défunt n'a pas payé les frais de labour & semence, & qu'ils soient dûs au temps de sa mort, ce ne sont point dettes réelles, mais

de la succession, ce que j'estime contre l'avis de Bacquet, en son Traité des Droits de Justice, chap. 15. n. 58. vers la fin. Aussi l'heritier des propres ne doit point le bâtiment fait sur ces propres encore dûs au Maçon : c'est encore une dette de la succession, ni l'aîné ne doit point les frais de la construction du principal manoir, mais c'est pareillement une dette de la succession, le privilege de l'hypoteque du creancier ne rendant pas la dette réelle au respect des heritiers, mais l'obligation personnelle devant prévaloir pour la faire declarer à leur égard dette de la succession, & non de l'heritage.]

SECTION II.

Des fruits par rapport à la legitime.

SOMMAIRE.

1. *Que les fruits de la legitime sont dûs du jour du decés.*
2. *Que le Juge peut ajuger les fruits de la legitime, quoique non demandez.*
3. *Si les fruits s'imputent sur la legitime. Renvoy.*
4. *Que dans l'ancien Droit les fruits s'imputoient sur la legitime.*
5. *Comment on estime les fruits pendans lors du decés.*
6. *Que l'on doit estimer les bleds en verd.*
7. *Qu'il faut distinguer si le pere a prescrit quelque chose pour la legitime, ou s'il n'a rien prescrit.*
8. *Quand le succés des fruits profite au legitimaire.*
9. Quid *si les fruits n'ont pas succedé, & qu'il n'y ait pas eu de moisson.*

1. Que les fruits de la legitime sont dûs du jour du decés.

NOus avons dit au Chapitre de la Legitime, section 2. que les fruits de la legitime sont dûs du jour du decés, comme un accessoire de la legitime, dont le Droit semble faire distraction de ce jour au legitimaire, dans la Loy *Omni modo*, & dans la Loy *Sicut C. de inoff. testam.* d'ailleurs, la legitime ne se pouvant obtenir regulierement qu'à titre d'heritier, & les fruits augmentant de plein droit la succession. Enfin, nous avons montré par la Coutume de Berry, tit. 18. article 5. par celle de Senlis, article 161. & par celle de Clermont, article 129. que cette question est reglée par nostre Droit coutumier, comme elle l'est par les Arrests rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur, sous la lettre L. nomb. 7.

2. Que le Juge peut ajuger les fruits de la legitime, quoique non demandez.

Il faut observer à present, que comme le Juge, qui ordonne la restitution des biens d'une succession à l'heritier legitime, peut luy en ajuger aussi les fruits, quoiqu'il n'en ait pas formé de demande précise, il peut aussi ajuger la legitime avec restitution de fruits, quoique le legitimaire n'ait pas conclu aux fruits, selon Merlin, *de legit. lib. 2. tit. 1. qu. 1. n. 17.* En effet, les mêmes raisons que nous avons rapportées en la section précedente, nomb. 16. à l'égard des fruits de la succession, ont lieu à l'égard des fruits de la legitime, & le simple legitimaire est encore plus favorable que l'heritier, puisqu'il s'agit précisément de ses alimens.

3. Si les fruits s'imputent sur la legitime. Renvoy.

L'on demande si les fruits s'imputent sur la legitime ? Et cette question se peut proposer de deux manieres : car l'on peut demander si un pere qui doit la legitime à son fils, peut le recompenser en simple usufruit de ce qu'il luy ôte en pleine proprieté, ou si, en ce cas, le fils a droit de conserver l'usufruit qui luy a esté laissé, même en ce qu'il excede celuy de sa legitime, & prétendre outre cela sa legitime en proprieté : Et l'on peut encore demander, si un pere ayant institué son fils son heritier, & luy ayant substitué un étranger, en cas qu'il decedât sans enfans, & la condition du fideicommis estant arrivée, l'heritier du fils qui demande contre le fideicommissaire la distraction de sa legitime, est obligé de souffrir l'imputation de l'excedant des fruits, dont le fils a joüi. Et ces deux questions qui sont peu dissemblables, ont esté traitées dans le Chapitre de la Legitime, sections 4. & 9. Ainsi il suffit icy de dire que du temps des Jurisconsultes,

4. Que dans l'ancien Droit les fruits s'imputoient sur la legitime.

& dans l'ancien Droit les fruits s'imputoient sur la legitime, *fructus enim solere in falcidiam imputari, non est incognitum*, dit la Loy *Papinianus 8. §. unde si quis 11. ff. de inoff. testam.* Ce que l'Empereur Zenon a changé en la Loy *Jubemus C. ad Senatusc. Trebell.* en reglant, que l'imputation des fruits ne se feroit plus dans la Trebellianique ni dans la Falcidie, & Justinien en ordonnant la même chose pour la legitime, dans la Loy *Scimus §. 1. C. de inoff. testam.* Mais ce changement ne se fit même qu'en faveur des enfans au premier degré : & d'ailleurs, il a esté montré aux endroits qui viennent d'estre alleguez, que non-seulement l'équité est contraire, en ce qu'il n'y a point de matiere de plainte, quand le fils est rempli de sa legitime, & qu'on luy donne le choix, ou de se contenter de ce qui luy a esté laissé, ou de prendre sa legitime en pleine proprieté, supposé principalement qu'il y ait quelqu'un qui soit capable de recueillir cet excedant d'usufruit, auquel on oblige le legitimaire de renoncer, mais même que la derniere Jurisprudence des Arrests inclinoit pour l'usage observé du temps des Jurisconsultes, & pour la disposition de la Loy *Papinianus*.

5. Comment on estime les fruits pendans lors du decés.

L'on peut encore demander de quelle maniere l'on estime les fruits qui sont pendans lors du decés, & si ceux qui sont en herbe s'estiment, eu égard à ce qu'ils peuvent valoir en cet état, ou eu égard à ce qu'ils ont valu depuis leur maturité. Car personne ne revoque en doute, que les fruits n'augmentent la legitime, comme faisant partie des biens du défunt. Et il semble qu'à considerer la chose dans la rigueur du Droit, les fruits pendans lors du decés, ne doivent estre estimez pour la supputation de la legitime, qu'à proportion de ce qu'ils valoient en ce temps-là même : Ensorte que si c'estoit des bleds, il les

6. Que l'on doit estimer les bleds en verd.

faut estimer en cet état, & eu égard à l'incertitude des fruits, parce que c'est une maxime qui est établie en la Loy *Cum quæritur C. de inoffic. testam.* que pour sçavoir si quelqu'un est rempli de sa legitime, on doit avoir égard au temps du decés, qu'autrement un pere ayant laissé à son

fils en mourant sa pleine legitime, on ne laisseroit pas par l'évenement d'accuser ces dispositions d'inofficiosité, à cause des augmentations arrivées sur ses biens, mais la chose ne doit pas estre ainsi resoluë indéfiniment, & la Loy *Cum quaeritur* reçoit ses limitations, aussi-bien que la maxime que l'on fonde sur cette Loy. Car il est bien vray que si un pere a laissé à son fils une certaine somme, ou même de certains biens particuliers pour sa legitime, pour sçavoir si la legitime est veritablement remplie, l'on a égard à la valeur des biens au temps du decés, suffisant, pour ne pas commettre le jugement du pere, qu'il ait bien rencontré en prescrivant à son fils sa legitime, eu égard aux biens qui estoient au temps du decés, aussi l'on doit au fils, en ce cas, tout ce que le pere luy a destiné, avec tous ses fruits, mais quand le pere n'a rien assigné pour la legitime du fils, & qu'il s'agit de la luy fournir en corps hereditaires, comme elle luy est dûë, & que le fils n'a point negligé ses droits, en ce cas, n'estant pas juste que celuy qui a differé de fournir la legitime, profite de son retardement, il faut que la legitime augmente à proportion de l'augmentation, soit extrinseque, soit intrinseque, qui est arrivée aux biens hereditaires, dautant que si la legitime avoit esté fournie au temps du decés, le legitimaire auroit pû profiter de cette augmentation arrivée sur des biens sujets à la legitime. Voilà la limitation qu'il faut apporter à cette maxime, dont il a déja esté parlé au Chapitre de la Legitime, sect. 5. & sur ce fondement il faut dire que dans l'espece proposée, si les fruits pendans, & qui estoient en herbe lors du decés, ont réüssi depuis, il les faut estimer eu égard au temps de leur maturité, parce que le legitimaire a eu part dans ces fruits, & doit avoir part en leur succés.

7. Qu'il faut distinguer, si le pere a prescrit quelque chose pour la legitime, ou s'il n'a rien prescrit.

8. Quand le succés des fruits profite au legitimaire.

Il faut observer neanmoins que cela ne doit avoir lieu qu'à l'égard des fruits qui sont sur les heritages, qui souffrent actuellement le retranchement de la legitime, & non à l'égard des biens donnez entre-vifs, lorsqu'il y a des biens extans qui sont suffisans pour la legitime. Car les fruits ainsi pendans sur les biens donnez, lesquels ne souffrent point de retranchement, s'estiment purement & simplement, eu égard au temps du decés, & n'entrent dans la masse que sur ce pied.

Que si les fruits n'ont pas succedé, & qu'il n'y ait point eu du tout de moisson, pourquoy ne dira-t-on pas, en ce cas, que l'on doit estimer ces fruits en herbe, & tels qu'ils estoient au temps du decés, puisque dés ce temps l'on en pouvoit disposer, & qu'ils valoient déja leur prix, suivant la Loy *Fistulas §. frumenta ff. de contrah. empt.* qu'ainsi il y avoit un droit acquis au legitimaire. Et l'on peut dire que cela dépend de sçavoir par la faute de qui la legitime n'a pas esté fournie dés ce temps. Car si le retardement est arrivé par la faute de celuy qui estoit obligé de fournir la legitime, en ce cas, le legitimaire peut demander sa legitime, eu égard à la valeur des fruits au temps du decés, si par la faute & la negligence du legitimaire, en ce cas, le possesseur, qui n'est pas en faute, n'est pas obligé de garantir des fruits qui n'ont pas réüssi, & dont il n'a fait aucune moisson.

9. *Quid* si les fruits n'ont pas succedé, & qu'il n'y ait pas eu de moisson.

SECTION III.

Des fruits par rapport à la communauté.

SOMMAIRE.

1. *Les fruits pendans sur l'heritage propre lors du mariage, entrent en communauté, sans restitution de labours ni semences.*
2. Quid *des fruits pendans lors du decés, difference de l'un & l'autre Droit sur ce sujet.*
3. *Coutumes de fruits industriaux.*
4. *Que la Coutume de Paris est plus équitable.*
5. *Comment les fruits civils se partagent aprés la dissolution de la communauté.*
6. *D'une coupe de bois, qui n'arrive qu'aprés la fin du mariage, & dont les payemens ont esté anticipez.*
7. *Arrerages de rentes.*
8. *Qu'il faut distinguer quatre cas au sujet des labours & semences.*
9. *Si les Coutumes, qui partagent les fruits industriaux pendans lors du decés, s'entendent des fruits civils.*
10. *Quels sont les fruits industriaux.*
11. *Si une veuve usufruitiere peut tirer de la pierre d'une carriere.*
12. *Resolution que la pierre est un fruit.*
13. *Que les pierres ne sont point fruits industriaux.*

1. Les fruits pendans sur l'heritage propre lors du mariage, entrent en communauté, sans restitution de labours ni semences.

Les fruits pendans sur les propres de l'un des conjoints au temps de leur mariage, entrent indubitablement en communauté, & le conjoint à qui le propre appartient, n'a pas droit de repeter aprés la dissolution de la communauté aucuns labours ni semences, à l'exemple de ce qui s'observe, & de ce qui est décidé dans l'article 231. de la Coutume de Paris au sujet des fruits pendans sur les propres lors de la dissolution de la communauté. Et la raison de difference est, que dans le cas de cet article les conjoints qui ont labouré & semé à communs frais, ont crû labourer & semer pour eux, & non pour celuy des deux à qui l'heritage appartient, ne se pouvant pas même donner l'un à l'autre; au lieu que dans l'espece dont il s'agit, dés que le conjoint à qui appartient le propre, sur lequel il y a des fruits pendans lors du mariage, ne fait aucune reserve, ni des fruits, ni des labours & semences, il est reputé avoir porté le tout en communauté en un temps permis: ensorte qu'il n'en a aucune repetition.

2. *Quid* des fruits pendans lors du decés, difference de l'un & l'autre Droit sur ce sujet.

A l'égard des fruits pendans lors du decés de l'un des conjoints, le Droit est different des Coutumes, & les Coutumes ont même des dispositions fort opposées. Le Droit décide en la Loy *Fructus 7. §. divortio*, en la Loy *Si alienam 11.* & en la Loy *Si marito 31. §. si fundum ff. solut. matrim.* que la derniere année du mariage, le mari partage les fruits de la dot, eu égard au temps que le mariage a subsisté pendant cette derniere année, laquelle commence au même jour de la premiere avoit commencé; & la raison de cela estoit, que comme la dot luy estoit donnée pour

soutenir les charges du mariage, il estoit necessaire qu'il en joüit autant de temps qu'il avoit supporté ces charges : Or nostre droit coutumier ne suit point cela, parce que les charges regardent la communauté, & non pas le mari. Mais quelques Coutumes s'attachant à l'équité, qui se rencontre dans la disposition du Droit, plutost qu'à la disposition même, ont voulu que les charges estant de la communauté, & par consequent les labours & semences, la communauté profitât aussi des fruits pendans lors du decés : ce que quelques-unes, par cette même raison, n'ont établi que pour les fruits industriaux, decidant le contraire à l'égard des fruits naturels, & qui ne demandent aucune industrie de l'homme, lesquels ces Coutumes ont jugé devoir appartenir au proprietaire de l'heritage, & non pas à la communauté. C'est ainsi qu'en a disposé précisément la Coutume de Berry, art. 23. & 24. suivant la Note de Maistre Charles du Molin, sur le même art. 23. C'est aussi ce qui a esté ordonné par la Coutume de Troyes, art. 88. & par celle de Bourbonnois, art. 248. ☞ Il est pourtant à observer que dans ces Coutumes qui declarent les fruits industriaux pendans sur le propre d'un des conjoints, lors du decés du premier mourant, estre de la communauté, on juge qu'à l'égard des fruits pendans sur les propres de la veuve, ils ne sont de la communauté, conformément à ces Coutumes, que lorsqu'elle accepte la communauté, & non pas au cas qu'elle y renonce, auquel cas elle doit avoir ces fruits pendans lors du decés de son mari. Le Presidial de Bourges le juge ainsi, selon le témoignage de la Thaumasiere en ses Décisf. liv. 3. chap. 6. ce qui est neanmoins contraire au texte de cet art. 23. du tit. 8. des Mariages, Douaires & Communauté de la Coutume de Bourges. C'est pourquoy il faudroit que cette ouverture qui est assez pleine d'équité, fût confirmée par quelque Arrest.] D'autres ont donné le choix, en ce cas, au proprietaire de l'heritage, de laisser les fruits en commun, ou de se les approprier, en remboursant les labours & semences, telle est la Coutume de Chartres, art. 60. Quelques-unes se sont attachées à la maxime generale, que pour sçavoir à qui les fruits appartiennent, il faut voir qui est le proprietaire du fond au temps de la recolte, suivant la Loy *Si pendentes 27. ff. de usufr.* & sur ce fondement sans avoir égard au droit de communauté, elles ont donné les fruits pendans lors du decés à celuy des conjoints à qui l'heritage est propre, en payant la moitié des labours & semences, & ce sont les Coutumes de Paris, d'Orleans, & quelques autres. Enfin, il y en a qui ont reglé cela par les saisons, comme il a esté montré en la Sect. 1. de ce Chapitre.

Coutumes de fruits industriaux.

4. Que la Coutume de Paris est plus équitable.

Toutes ces dispositions differentes ont leurs raisons particulieres, mais, à mon avis, il y a plus de justice dans ce qu'ordonne la Coutume de Paris, parce que s'il est vray que ce soit la communauté, plûtost que le mari, qui porte les charges du mariage, il est constant que cette communauté se dissout regulierement par la mort de l'un des conjoints, suivant la maxime ordinaire des societez : ainsi elle ne sçauroit plus profiter des fruits pendans.

5. Cōment les fruits civils se partagent aprés la dissolution de la communauté.

Que s'il s'agit de fruits civils, comme d'arrerages de rentes, ou de fermages, à l'égard des fermages, ils dépendent de la recolte des fruits, & si elle est faite au temps du mariage, les fermages sont de la communauté, quoique leur terme de payement n'arrive que depuis qu'elle a cessé ; Que si la recolte s'est faite aprés la dissolution du mariage, les fermages, même ceux qui ont esté payez par avance, doivent estre restituez à la femme à qui l'heritage est propre, ou à ses heritiers.

6. D'une coupe de bois, qui n'arrive qu'aprés la fin du mariage, & dont les payemens ont esté anticipez.

Il faut dire la même chose dans cette espece, qui s'est presentée au Palais. Un particulier demeurant sous la Coutume de Paris, avoit fait bail d'une Terre du propre de sa femme, sur laquelle il y avoit quantité de bois, qui faisoient environ la moitié du revenu de la Terre. Ces bois avoient coutume d'estre coupez de trois ans en trois ans : ainsi le Fermier payant annuellement le prix entier d'une année de sa ferme, payoit par anticipation le prix d'une coupe, qui se devoit faire la troisiéme année. Le mariage ne subsista que deux ans, & ayant fini par la mort du mari, la veuve qui renonça à la communauté, demanda la moitié du prix de ces deux années, disant que la coupe du bois ne s'estant faite qu'aprés la dissolution du mariage, elle luy appartenoit toute entiere, & qu'ainsi le prix de cette coupe, qui avoit esté payé à son défunt mari par anticipation, luy devoit estre restitué, comme une veritable alienation de son propre.

Les heritiers du mari disoient au contraire qu'il avoit pû loüer des fruits, quoiqu'ils ne fussent pas encore dans leur perfection, le Jurisconsulte Pomponius disant en la Loy *Quod in rerum, de legat. 1.* qu'on peut leguer des fruits à venir, & en la Loy *Nec emptio ff. de contrah. empt. & vendit.* qu'on peut vendre la part qu'on espere d'une esclave. Ce qui est aussi approuvé dans la Loy *1. ff. de condit. & demonstrat.* qu'ainsi la vente estoit bonne, & que la femme en avoit profité pendant la communauté : Qu'il n'y avoit que les bleds, dont l'Ordonnance de Louis XI. défend de prevenir la maturité par une vente anticipée, & qu'il y avoit eu une espece de necessité d'en user ainsi, les bois faisant la moitié du revenu de la Terre, lequel il estoit plus avantageux de recevoir d'un Fermier année par année, pour faire un revenu uniforme. Qu'enfin, le bois estoit un fruit toûjours bon à cüeillir. Le Jurisconsulte Paulus disant en la Loy *Si absente ff. de usufr.* qu'un bois coupé prematurément ne laisse pas d'estre *in fructu. Silvam caeduam : etiamsi intempestivè caesa sit, in fructu esse constat, sicut olea immatura lecta, item foenum immaturum caesum, in fructu est.*

Il faut dire neanmoins que le bois estant encore sur pied, la veuve est bien fondée, parce que la communauté, à qui les fruits sont donnez pour les charges du mariage, ne subsistoit plus lors de la recolte. Ainsi l'art. 231. de la Coutume de Paris, doit estre observé en cette espece, aussi-bien que la maxime établie en la Loy *Si pendentes 27. ff. de usufr. & quemadm.* que pour sçavoir à qui des fruits appartiennent, on a égard au temps de la recolte : & comme le mari avoit eu droit d'affermer pour trois ans & plus le propre de sa femme, elle ne peut estre recompensée que par la restitution des fruits civils de cette recolte, qui n'auroit pas appartenu au mari : On eût dû répondre autrement, si le Fermier avoit coupé les bois tous les ans, par la raison de cette Loy *Si absente*, qui vient d'estre citée.

A l'égard des arrerages de rentes, qui sont fruits successifs, qui renaissent tous les jours, ils se partagent à proportion du temps ; si ce n'est dans la Coutume d'Orleans, où les arrerages de rentes foncieres ou constituées, & les loyers de maisons, ne sont meubles que depuis que le terme du payement est échû, selon l'article 207. de cette Coutume. 7. Arrerages de rentes.

Pour parler à present des labours & semences, 8. Qu'il

il

faut distinguer quatre cas au sujet des labours & semences. il faut avoüer que quelquefois les Coutumes ne distinguent pas trop bien à cet égard, les cas differens qui se peuvent presenter, se contentant d'ordonner la déduction des labours & semences sur les fruits du propre: c'est ainsi qu'en ordonne la Coutume de Paris, art. 231. Cependant il faut distinguer: car ou les fruits sont pendans sur le propre du mari, ou sur le propre de la femme. Si sur le propre du mari, ou l'on accepte la communauté de la part de la femme, & en ce cas la déduction des labours & semences a lieu, suivant cet art. 231. de la Coutume de Paris, ou l'on y renonce, & en ce cas, il n'est rien dû. Que si les fruits sont pendans sur le propre de la femme, & qu'on accepte de sa part la communauté, la déduction des labours & semences a encore lieu au profit des heritiers du mari, suivant le même article. Que si l'on renonce de sa part avant que de percevoir les fruits, l'on doit payer au mari ou à ses heritiers le prix entier des labours & semences, parce que la communauté ne profitant pas des fruits, il est vray de dire, que ce sont des impenses faites sur le fond dotal, & qu'elles sont par consequent sujettes à restitution, suivant la Loy 1. *ff. de impensis in res dotales factis*, outre que tous les fruits souffrent naturellement cette déduction, suivant la Loy *Fundus qui ff. fam. ercisc.*

9. Si les Coutumes, qui partagent les fruits industriaux pendans lors du decés, s'entendent des fruits civils. On demande encore si ce que les Coutumes dont il vient d'estre parlé, disent à l'égard des fruits industriaux, qui estant pendans sur des propres d'un des conjoints, lors de la dissolution de la communauté, se partagent entre le survivant & les heritiers du predecedé, se peut entendre des fruits civils, comme des arrerages de rentes, des fermages, & des loyers de maisons, & si dans ces Coutumes les termes de loyers de maisons, & les fermages, qui échéent aprés le decés, se doivent partager comme des fruits industriaux, qui sont pendans lors du decés.

J'estime qu'il y a plusieurs distinctions à faire là-dessus. Car, ou le fruit civil vient en un seul moment, ou il est successif; s'il vient en un seul moment, comme le fermage d'une Terre, il faut encore distinguer: car si ce fermage est dû pour des fruits naturels, en ce cas, comme le fruit civil qui est dû pour le fruit naturel, suit toûjours le fruit naturel, & que le fruit naturel dépend du temps de la recolte, il est vray de dire, que si les fruits purement naturels ont esté perçûs du temps de la communauté, le fruit civil ou le prix de la ferme, quoiqu'échû seulement aprés la mort de l'un des conjoints, sera de la communauté. Que si les fruits naturels ont esté perçûs depuis la dissolution de la communauté, le fruit civil, ou le prix de la ferme, appartient à celuy des conjoints à qui l'heritage est propre, ou à ses heritiers, en remboursant les labours & semences, suivant ce qui a esté dit cy-dessus. Que si le fermage est dû pour des fruits industriaux, comme si la ferme est composée de vignes ou de terres labourables, en ce cas, celuy qui est dû pour des fruits perçûs pendant la communauté, est aussi de la communauté: Que si la moisson ou la vendange n'a esté faite que depuis le decés de l'un des conjoints, en ce cas, dans les Coutumes dont nous parlons, le fermage sera encore partagé par moitié entre le survivant & les heritiers du predecedé, comme l'auroient esté les bleds & les vins en nature.

Que si les fruits civils sont successifs, comme des arrerages de cens, ou de rentes foncieres ou constituées, ou les loyers de maisons, en ce cas, on les partagera dans ces Coutumes même dont nous parlons, comme dans la Coutume de Paris, & les autres, & à proportion du temps, sans considerer les termes de payement: & c'est par ces distinctions que l'on peut accorder, le Grand, sur la Coutume de Troyes, art. 88. gl. 3. nomb. 12. avec Gousset, sur l'article 74. de la Coutume de Chaumont.

Il reste d'examiner pour l'usage de ces mêmes Coutumes, quels sont les fruits industriaux, & il faut dire, que ce sont ceux que la nature ne produit pas toute seule; mais où l'industrie de l'homme prévaut sur la nature, selon Bartole sur la Loy *Et ex diverso 35. ff. de rei vendicat.* Et le même Auteur dit en cet endroit, que comme l'on ne peut pas donner de décision certaine sur chaque espece de fruits, la chose dépend souvent de l'arbitrage du Juge, qui ne se peut conduire que par cette seule regle, que quand il n'entre pas beaucoup de l'industrie de l'homme dans la production d'un fruit, il est reputé naturel, & que quand l'industrie prévaut, il est compté entre les fruits industriaux. Ainsi le laict est naturel, ainsi la production des animaux, mais le vin & l'huile sont fruits industriaux, suivant plusieurs de nos Coutumes, comme celle de Blois, art. 184. & de Troyes, art. 88. Le foin est fruit naturel, & la Coutume de Berry, chapitre 8. art. 24. en dispose ainsi. Il semble que l'on en doit dire autant à l'égard du bois taillis, quoiqu'il y a un Arrest du 7. Septembre 1569. qui est dans le Vest, chap. 101. lequel a jugé qu'il devoit estre compté entre les fruits industriaux. Enfin, la Coutume de Bourbonnois, art. 284. dit, que les fruits de la vigne sont reputez industriaux, depuis qu'elle est taillée, cette Coutume jugeant que jusque-là il n'y a rien dans la vigne, qui merite le nom de fruits, quoiqu'elle décide que le bled est fruit dés qu'il est semé. La Coutume de Troyes declare aussi en l'art. 88. que le poisson en étang est compté entre les fruits industriaux, & qu'il se partage à proportion du temps que le mariage a duré, quoique la pêche n'en soit faite qu'aprés que le mariage a fini: & qu'ainsi l'étang se pêchant tous les trois ans, & le mariage n'ayant duré qu'un an, le survivant doit avoir un sixiéme dans la pêche. 10. Quels sont les fruits industriaux.

On peut encore demander si dans les Coutumes qui donnent à la veuve l'usufruit des conquests, il est permis à une veuve de faire une carriere, ou de tirer des pierres d'une carriere, qui est déja faite sur un fond acquis pendant sa communauté, dont elle n'a que le simple usufruit. Et supposé qu'elle le puisse, & que les pierres soient reputées des fruits, on peut demander si ce sont des fruits industriaux, ce qui contient trois doutes differens. Le premier, si la veuve peut faire une carriere du fond, dont elle a le simple usufruit: le second, si supposé qu'elle le puisse, ou qu'elle trouve une carriere toute faite, l'extraction des pierres est de son usufruit, & si les pierres sont des fruits: le troisiéme qui concerne une autre espece, si ce sont des fruits industriaux. 11. Si une veuve usufruitiere peut tirer de la pierre d'une carriere.

A l'égard du premier doute, c'est une maxime qu'un usufruitier peut ameliorer, mais non pas déterriorer l'heritage, & qu'il peut faire une carriere en un endroit où elle n'incommode pas: ce qui est expressément décidé en la Loy 13. §. 5. *ff. de usufr.*

La seconde difficulté, est une dispute commune entre les Jurisconsultes & les Naturalistes, de sçavoir si les pierres sont des fruits, si elles renaissent, & si elles sont susceptibles de quelque accroissement, ou si elles n'augmentent qu'exterieurement, & comme disent les Philosophes, *per juxta positionem*. Surquoy les Naturalistes di-

AAa

ront ce qu'il leur plaira, pour combattre le témoignage de Pline, qui atteste en son Histoire naturelle, liv. 36. chap. 18. que les pierres sont susceptibles d'accroissement, puisqu'il suffit ici que la Loy *Fructus 7. §. si vir 13. ff. soluto matrim.* dise expressément que cela est ordinaire dans les Gaules, *nisi tale sit ut ubi lapis rena catur quales sunt in Gallia sunt & in Asia*, qu'il y en ait un autre vestige dans la Loy *Pro regione 8. ff. de adquir. rerum domin.* un autre dans la Loy *Item si fundi 9. §. 2. ff. de usufr.* un autre dans la Loy derniere *ff. de fundo dot.* Et qu'enfin pareille fonction s'estant presentée à l'egard d'une ardoisiere, l'on a jugé que l'ardoise estoit un fruit, par Arrest du dernier Juin 1615. rapporté par Maistre Antoine Mornac, sur la Loy *Item si fundi ff. de usufr.* dont l'espece estoit, qu'une veuve dans la Coutume d'Anjou, laquelle en l'art. 283. donne au survivant l'usufruit des conquests de la communauté, ayant cedé à ses fils une ardoisiere, que son mari avoit prise à longues années, pendant la communauté, les gendres heritiers d'un mari s'opposerent à cela, & prétendirent que les cessionnaires ne pouvoient pas tirer de l'ardoise, sans déterriorer l'heritage, l'ardoise n'estant pas un fruit, mais les cessionnaires ayant soutenu au contraire que l'ardoise croissoit & renaissoit dans l'ardoisiere, les gendres furent deboutez de leur opposition, premierement, par la Sentence du Juge des lieux, & ensuite par l'Arrest confirmatif. Et sur ce fondement l'on a jugé autrefois à la Cour des Aydes, qu'un exempt de taille qui tiroit d'une pierre de carriere, qui luy appartenoit, & qui les debitoit, faisoit un commerce sujet à l'imposition de la taille, plaidans Maistre Bonnaventure Fourcroy, & Maistre du Rideo.

12. Resolution que la pierre est un fruit.

A l'égard de la troisiéme difficulté de sçavoir, si supposé que les pierres soient des fruits, ce sont des fruits industriaux, il est certain que quelque dépense que le mari ait faite pendant sa communauté pour l'ouverture d'une carriere sur l'heritage propre de sa femme, les pierres qui ne sont point encore détachées de la carriere, lors de la dissolution de la communauté, ne peuvent estre considerées comme des fruits industriaux, qui soient sur pied, & dans lesquels ils doivent avoir moitié, selon les Coutumes dont nous venons de parler : car les pierres ne deviennent fruits que par l'extraction, & le détachement que l'on en fait, & avant cela elles sont parties integrantes de l'heritage. Quelques-uns soûtenant même qu'elles ne sont meubles, & qu'elles ne meritent le nom de fruits, qu'aprés qu'elles sont hors de la carriere. Que si un mari avoit fait des frais pour faire une carriere sur l'heritage de sa femme, supposé que ce fût une impense utile, il en devroit estre recompensé.

13. Que les pierres ne sont point fruits industriaux.

SECTION IV.

Des fruits par rapport au douaire.

SOMMAIRE.

1. *Si le douaire tant coutumier que préfix, saisit. Diversité de Coutumes sur ce sujet.*
2. Quid *dans les Coutumes qui n'en parlent pas.*
3. *De quel jour les fruits & interests du douaire peuvent estre demandez contre un tiers détempteur.*
4. Quid *s'il avoit prolongé la procedure par un long déclinatoire.*
5. *Si la douairiere peut faire deux recoltes en un an.*
6. Quid *s'il s'agit du douaire préfix.*
7. *De la pêche & coupe des bois qui arrive peu aprés l'ouverture du douaire.*
8. *Des fruits cueillis prématurément.*
9. *Si la douairiere qui trouve des fruits sur pied, doit les labours & semences. Même question à l'égard des heritiers du mari.*
10. *Diverses Coutumes sur ces deux cas.*
11. *Reflexion, que toutes les Coutumes condamnent les heritiers du mari, & que quelques-unes ne condamnent point la veuve à ces labours & semences.*
12. *Que cette difference entre les heritiers du mari, & la veuve est fondée en raisons de droit. Que la veuve ne doit point les labours ni semences.*
13. *Que celuy qui tire son droit du proprietaire qui a fait les impenses, n'est point tenu de les restituer.*
14. Vice versa, *celuy qui ne tire pas son droit du proprietaire qui a fait les impenses, les restitue.*
15. *Application de ces maximes.*
16. *Réponse à l'objection de la relation entre la veuve & les heritiers.*
17. *Disposition précise du Droit Romain sur cette question.*
18. *Qu'il y a peu d'Arrests précis sur la question.*

1. Si le douaire tant coutumier que préfix, saisit. Diversité de Coutumes sur ce sujet.

LA plûpart des Coutumes du Royaume declarent que le douaire, soit coutumier, soit préfix, saisit, qu'il n'est point necessaire de le demander en jugement, & que les fruits & arrerages commencent à avoir cours du jour du decés du mari: & c'est la disposition de la Coutume de Paris, art. 256. de celle de Troyes, art 86. de celle de Reims, art. 248. de celle d'Amiens, art. 109. & de plusieurs autres. Quoiqu'il y en ait qui décident le contraire, & ne font courre les fruits du douaire, que du jour qu'il est demandé, comme celle de Ponthieu, art. 36. Mais la plûpart de celles-cy distinguent contre le douaire préfix & le coutumier, quelques-unes voulant que le coutumier saisisse, mais que le préfix ne saisisse pas, comme celle de Senlis, art. 179. & 184. celle de Châteauneuf, art. 61. & 62. celle de Meaux, art. 7. D'autres tout au contraire, décidant que le douaire préfix saisit, & que le coutumier ne saisit pas, comme celle de Blois, art. 190. celle de Montfort, art. 140. & 141. celle de Mante, article 137.

Que si quelque Coutume avoit obmis de regler ce point, j'estime qu'il faudroit suppléer conformément à la Coutume de Paris, tant parce que le douaire tient lieu d'alimens, qu'à cause que l'on peut dire que c'est le Droit commun, & même l'ancienne pratique du Royaume, comme le certi-

2. Quid dans les Coutumes qui n'en parlent pas.

fie Joannes Galli, en sa quest. 219. Aussi la Coutume d'Orleans, art. 218. & 219. déclarant que les arrerages du doüaire coutumier, courent du jour que la veuve l'a demandé, & laissant la chose indécise à l'égard du doüaire préfix, l'usage s'est établi au Presidial d'Orleans, de donner les interests du doüaire préfix du jour du decés du mari, comme l'atteste la Lande sur cet article 219. J'ajoûteray un autre exemple, qui est, qu'encore que dans la pureté du Droit la legitime ne saisisse pas; neanmoins les Parlemens des païs de Droit écrit, ont suivi en cela nostre Droit commun, comme il se voit dans Monsieur Boyer, décis. 3. nomb. 17. dans Monsieur Maynard, livre 9. chapitre 19. & dans Monsieur d'Olive, en ses questions notables livre 4. chapitre 21.

3. De quel jour les fruits & interests du doüaire peuvent estre demandez contre un tiers détempteur.

On a aussi demandé de quel jour les fruits & interests du doüaire, peuvent estre demandez contre le tiers détempteur, si du jour du decés, ou du jour de sa possession, ou du jour de la demande, ou du jour de la contestation en cause? Et l'on a jugé que le tiers détempteur ne devoit les fruits que du jour de la contestation en cause, qui seule le constituë en mauvaise foy. On en voit un Arrest dans le Vest, chap. 154. en datte du 14. Aoust 1577. Maistre Julien Brodeau, sur la lettre I. de Monsieur Loüet, nombre 10. Arrest 3. le rapporte aussi, il y en un autre du 5. Avril 1583.

La même décision a lieu à l'egard des fruits de l'augment de dot ou ὑπόβολον des Grecs, & chez nous à l'égard des fruits de la legitime. Que si

4. *Quid* s'il avoit prolongé la procedure par un long declinatoire.

neanmoins le tiers détempteur prolonge la procedure par un long declinatoire, il peut estre condamné du jour de la demande: ce qui est même fondé sur l'art. 94. de l'Ordonnance de Villiers-Cotterests de l'an 1539. qui porte, qu'*en matieres réelles, petitoires & personnelles, intentées pour heritages & choses immeubles, s'il y a restitution de fruits, ils seront ajugez, non seulement depuis la contestation en cause; mais aussi depuis le temps que le condamné a esté en demeure & en mauvaise foy auparavant ladite contestation:* & sur l'art. 60. de l'Ordonnance d'Orleans. Aussi la Cour le juge ainsi quelquefois: car nous ne faisons point de difference entre les contrats de Droit étroit, & ceux de bonne foy, & dans nostre usage les fruits sont toûjours dûs du jour de la demeure.

5. Si la douairiere peut faire deux recoltes en un an.

Il y a encore une autre espece, dont le principe a esté touché au commencement de ce chapitre, dans laquelle on suppose que la veuve douairiere n'ait vêcu qu'un an aprés le decés de son mari, & qu'elle ait fait deux recoltes pendant cette année; la derniere saison ayant esté hastive, surquoy l'on demande si ses heritiers ne sont pas obligez de rendre aux heritiers du mari cette seconde recolte? Et il faut dire, que s'il s'agit d'un doüaire coutumier, lequel les heritiers du mari, aprés son decés, ayent assigné sur une certaine Terre, en ce cas, le temps de l'usufruit n'estant point limité, la veuve aura tous les fruits qu'elle pourra recueillir: ensorte, que si elle ne vit qu'un mois aprés son mari, pendant lequel on ait fait la moisson ou les vendanges, tout le profit luy en appartient indistinctement. Il en est de même de tout autre usufruitier, & cela a son fondement sur la premiere maxime de ces matieres, qui est que pour sçavoir à qui les fruits appartiennent, il faut examiner qui a droit de joüissance au temps de la recolte, laquelle est écrite dans la Loy *Defuncta ff. de usufr.* L'on ne considere donc point si c'est l'usufruitier qui a semé, ou un autre par la raison de la Loy *Qui scit 25. ff. de usur. & fruct. Quia omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur:* d'où cette Loy conclut, que *omnes fructus ad fructuarium pertinent à quolibet sati.*

Que s'il est question d'un doüaire préfix d'une certaine somme à prendre sur une Terre ou sur d'autres biens, en ce cas, l'assignat n'estant que démonstratif, & le doüaire estant limité à une certaine somme par chacun an, dans l'espece proposée, la veuve ne pourra pas profiter des deux recoltes en une même année: c'est ainsi que Maistre Charles du Molin, sur la Coutume de Paris, art. 1. gl. 8. nomb. 8. & suivans, & art. 34. gl. un. nomb. 2. distingue entre un Seigneur qui joüit du fief à titre de saisie feodale qui n'est point un titre limité, & qui comprend tous les fruits qui se presentent pendant la saisie, & un qui joüit du fief à titre de relief, qui est un titre limité aux fruits d'une année, lequel par consequent ne peut comprendre une double recolte, parce que c'est une maxime, qu'une cause limitée ne peut avoir qu'un effet limité. 6. *Quid* s'il s'agit du doüaire préfix.

Que si pendant l'usufruit de la veuve, qui a un doüaire coutumier, lequel peut-être ne durera que six mois, l'on fait la pêche d'un étang, ou la coupe du bois taillis, la coupe & la pêche luy appartiennent, *L. si pendentes ff. du usufr.* Coquille, qu. 40. & 155. si ce n'est dans les Coutumes, dont nous avons parlé dans la Section précedente, lesquelles partagent les fruits industriaux, qui sont pendans sur les propres de l'un des conjoints lors du decés, comme celle de Troyes, art. 88. Car dans ces Coutumes y ayant une moisson instante sur une Terre qui appartenoit au mari, & qui estoit sujette au doüaire, quoique cette moisson vienne du temps du doüaire, la femme n'y aura que sa moitié à titre de communauté, ne pouvant avoir deux titres lucratifs sur une même moisson. 7. De la pêche & coupe de bois qui arrive peu aprés l'ouverture du doüaire.

Quelquefois l'on cueïlle les fruits prématurément, & les heritiers présomptifs de la veuve douairiere ou d'un Beneficier, prévoyant la mort de l'usufruitier, anticipent la moisson de crainte de n'en pas profiter autrement, mais en ce cas, on les oblige à restitution, supposé que l'usufruitier decede avant le temps ordinaire de la recolte, parce qu'il est vray de dire, que l'on a abusé de l'usufruit, au lieu d'en user comme un bon pere de famille, l'on a déterioré la chose par une joüissance prématurée contre la prohibition de la Loy *Si cujus rei 13. §. fructuarius 4. ff. de usufr.* & c'est une espece de vol que l'on a fait aux heritiers du mari, ou du successeur au Benefice: car si les fruits n'appartiennent à l'usufruitier que par le moyen de la perception actuelle, *L. fructuarius 13. ff. de quib. mod. usufr.* ce doit estre par une perception faite à temps & dans la saison naturelle des fruits, & il y doit même avoir en ce cas une condamnation de dommages & interests, suivant la Loy *Hac distinctio 35. §. 1. ff. locati conducti*, où il est dit, *Tu cum tuus annus exiturus esset, consultò fructum insequentis anni corrupisti, praestabitur à te mihi damnum.* Mais la Loy *In fructu penult. ff. de usufr. per legat.* dit fort justement sur ce sujet, que les fruits estant tels par rapport à l'usage que l'on en doit faire, pour juger si on les a cueïllis à propos, il ne faut pas avoir égard précisément à leur maturité naturelle, mais au temps auquel il eût esté expedient à toute sorte de possesseurs de les cueïllir, & elle rapporte l'exemple de l'olive qui produit davantage quand on la cueïlle avant sa maturité. 8. Des fruits cueïllis prématurément.

Il arrive aussi quelquefois qu'incontinent aprés la mort du mari, sa veuve, qui à l'instant est saisie de son doüaire, suivant la plûpart des Coutumes, trouve une moisson instante sur les heritages sujets au doüaire, comme aussi qu'incontinent aprés le 9. Si la doüairiere qui trouve des fruits sur pied doit les la-

bours & semences. Même question à l'égard des heritiers du mari.

decés de la veuve les heritiers du mari trouvent la moisson toute disposée sur les mêmes heritages. Et l'on ne doute pas dans l'un ni l'autre cas, qu'ils ne profitent de ces fruits, mais la principale difficulté est à l'égard des labours & semences, & de sçavoir si dans le premier cas la veuve est obligée de les rembourser aux heritiers du mari, & dans le second, les heritiers du mari aux heritiers de la veuve.

10. Diverses Coutumes sur ces deux cas.

Il faut déja distinguer les Coutumes : car il y en a qui décident purement & simplement qu'aprés le decés de la veuve douairiere, les heritiers du mari, qui trouvent des fruits pendans sur les heritages, qui avoient servi de douaire à la veuve, sont obligez de rembourser à ses heritiers les frais de labour & semence, comme la Coutume de Châlons, art. 54. celle de Reims, art. 251. celle de Laon, art. 40. & celle de Clermont, art. 163. Il y en a d'autres, qui décident, que la veuve qui entre en possession de son douaire, ou les heritiers du mari qui rentrent en possession de l'heritage sujet au douaire, trouvant des fruits sur pied, sont obligez de rembourser les labours & semences, & ce sont les Coutumes de Bourbonnois, art. 263. & de Chauny, art. 127. & 128. Il y en a d'autres qui dispensent, tant la veuve, que les heritiers du mari, de rembourser ces labours, comme Sedan, art. 211. Enfin, il y en a qui ne font aucune mention de l'un ni de l'autre cas, comme la Coutume de Paris : ensorte, que si l'on suit l'esprit des Coutumes, on se porte volontiers à dire, que toutes celles qui touchent cette question condamnant les heritiers du mari, qui rentrent dans le douaire, à rembourser les labours & semences, & quelques-unes d'entr'elles ne condamnant point la veuve à la même chose, comme le cas du retour des heritiers du mari, dans les biens sujets au douaire, a dû faire prévoir le cas de l'entrée de la veuve dans ces mêmes biens, il semble que les Coutumes ayent voulu établir quelque difference entre ces deux cas, d'autant plus qu'il n'y a que deux ou trois Coutumes qui les décident l'une comme l'autre, & qu'il y en a beaucoup davantage qui ne condamnent que les heritiers du mari à ces labours & semences.

11. Reflexion que toutes les Coutumes condamnent les heritiers du mari, & que quelques unes ne condamnent point la veuve à ces labours & semences.

Que la veuve ne doit point de labours ni de semences.

12. Que cette difference entre les heritiers du mari, & la veuve est fondée en raison de droit.

Cette distinctions que quelques unes de nos Coutumes semblent faire entre ces deux especes, a d'ailleurs son fondement dans les plus pures maximes : ce qui fait croire qu'on la doit suivre dans les Coutumes, qui n'en font aucune mention, & dont il s'agit ici. Le principe de la matiere est, que le possesseur de bonne foy principalement, a droit de recouvrer ses impenses, c'est la disposition de la Loy *Si quis sciens 11. C. de rei vendicat.* & la Loy *Fundus qui ff. fam; erc.* dit ; que *nullus est casus qui genus hoc deductionis impediat.* En effet, n'est-il pas juste que celui qui a semé, croyant recüeillir, recouvre au moins ses frais de labour & semence, lorsqu'il est frustré de la recolte par un cas inopiné. Mais il y a un autre principe, qui n'est pas moins évident, que celui qui tire son droit du proprietaire qui a fait les impenses, n'est point obligé de les restituer. Ainsi l'heritier des propres n'est point tenu de rembourser les frais du bâtiment fait sur un des propres, parce qu'il tire son droit du défunt : A plus forte raison un donataire ni un legataire n'est point obligé au remboursement des labours & semences, quoiqu'il trouve à son avenement une moisson instante. De même un acheteur des fruits ou de la terre, sur laquelle les fruits sont pendans : de même un fermier à qui on loüe sans reserve. Et il n'y a encore rien de plus juste, parce que l'on succede, l'on reçoit à titre de donation, l'on achete & l'on afferme *optimo jure*. Ce qui se verifie principalement dans les titres qui dépendent de la disposition de l'homme, & où celuy qui dispose & qui donne, est présumé donner sans reserve : Or le douaire est un titre qui dépend naturellement de la disposition de l'homme, quoiqu'il soit à present établi par la Loy. Car au commencement tous les douaires estoient préfix. Mais comme dans la suite des temps ils sont devenus d'un usage universel, ce qui estoit d'usage & de coutume, a passé en force de Loy.

13. Que celuy qui tire son droit du proprietaire qui a fait les impenses, n'est point tenu de les restituer.

Les exemples qui sont dans le cas opposé justifient encore cette maxime. Car le Seigneur feodal qui trouve une moisson instante lors de sa saisie feodale, ne peut pas profiter des fruits sans rembourser les impenses, selon Maistre Charles du Molin, sur la Coutume de Paris, §.1. glose 8. nomb. 13. & §.38. gl. un. nomb. 1. & 2. & la disposition précise de la Coutume d'Anjou, art. 118. Il en est de même de celui qui joüit du fief à titre de relief, suivant l'article 48. de la Coutume de Paris, & d'une femme qui rentre en possession de sa dot aprés le decés de son mari, & d'un proprietaire qui évince un tiers détempteur, parce que ni le Seigneur qui joüit en vertu d'une saisie feodale, ou à titre de relief, ne tire pas son droit de son vassal, ni la femme qui rentre en la possession de sa dot, ne la reçoit pas de la liberalité de son mari, ni le proprietaire n'a pas droit du tiers détempteur.

14. *Vice versa* celuy qui ne tire pas son droit du proprietaire qui a fait les impenses, les restituë.

Ces maximes présupposées, il est aisé de conclure que la veuve, qui trouve des fruits sur pied lors de l'ouverture de son douaire, n'est point obligée de rembourser les frais des labours & semences, parce qu'elle est donataire, & tient au moins son douaire de la volonté expresse ou présumée de son mari, & qu'au contraire les heritiers du mari, qui rentrent dans le douaire aprés sa mort, & qui trouvent des fruits pendans, doivent les labours & semences aux heritiers de la douairiere, puisqu'ils ne tirent point leur droit de sa liberalité ni de sa disposition. A quoy il faut ajoûter la faveur de la veuve, & ce qu'on luy doit en l'honneur d'un mariage passé dans la concorde & l'union.

15. Application de ces maximes.

L'on dira peut-être que la disposition de la Coutume de Chauny & de celle de Bourbonnois, est plus équitable, en ce qu'elle égale la veuve, & les heritiers du mari, & fait prendre & quitter le douaire en l'état qu'il est, avec une égale recompense à celui qui a semé & labouré. Mais la réponse est, que tout ce qui est reciproque n'est pas toûjours juste, lors principalement qu'il y a des differences essentielles, comme il s'en trouve une entre la veuve & les heritiers, ceux-cy ne tirant point leur droit de la veuve, laquelle au contraire tire son droit du défunt. Qu'aussi l'on tient compte à la veuve des moindres alienations du fond sujet au douaire, & que cependant elle ne tient compte aux heritiers du mari d'aucunes impenses ni ameliorations par luy faites sur le même fond.

16. Réponse à l'objection de la relation entre la veuve & les heritiers.

Que si l'on s'attache à la décision du Droit Romain, il dispose en cas semblable, que l'usufruitier qui entre en possession de son usufruit, ne doit aucuns frais des labours & semences : ensorte même que la Loy *Quoties 34. §. 1. ff. de usufr. & quemadm.* décide qu'un maistre ayant legué l'usufruit de sa Terre à son fermier, les heritiers seront obligez de luy rembourser ses labours & semences,

17. Disposition précise du Droit Romain sur cette question.

& Balde sur la Loy *Si pater 5. C. de usufr.* conclut sur le fondement de la Loy *Domo 58. de legat. 1.* que les heritiers de l'usufruitier ne laissent pas, aprés son decés, de pouvoir repeter du proprietaire les frais des labours & semences.

18. Qu'il y a peu d'Arrests précis sur la question.

Il y a peu d'Arrests dans les livres, qui ayent décidé la chose. Car il n'est point constant si celuy du 19. May 1589. fait mention ou non des labours & semences. Il s'agissoit des fruits pendans par les racines lors du decés d'une douairiere. Et quoique Maistre Julien Brodeau, sur la lettre F. de Monsieur Loüet, nomb. 10. prétende, que la Cour les ajugea aux heritiers du mari, à la charge seulement de rembourser aux heritiers de la veuve les frais & façons des vignes; neanmoins Monsieur Loüet ne fait point mention de cette condition, non plus que Maistre Antoine Mornac, qui rapporte cet Arrest sur la Loy *Si usufructuarius 13. ff. quib. mod. usufr. amitt.* & Monthelon, chapitre 56. dit même que les heritiers de la veuve furent deboutez de ces frais, qu'ils avoient demandez subordinément. Ainsi il faudroit avoir recours aux Registres, si l'on ne se contente de sçavoir ce qui doit estre jugé.

SECTION V.

Des fruits par rapport aux legs.

SOMMAIRE.

1. *Les fruits pendans lors du decés suivent l'heritage legué.*
2. *Quels fruits sont reputez pendans.*
3. *De quel jour les fruits sont dûs au legataire.*
4. *Avis de Bacquet pour les fruits & interests des legs.*
5. *Le dol & la fraude de l'heritier font courre les fruits & interests du legataire du jour du decés.*
6. *Comment la réticence frauduleuse de l'heritier se peut justifier.*
7. *Les fruits & interests du legs, qui tient lieu de legitime, sont dûs depuis le decés.*
8. *S'il faut une demande, ou s'il suffit d'une sommation.*
9. *Si les fruits sont dûs au legataire du jour de la demande du legs, ou du jour de la demande incidente des fruits.*
10. *De quel jour sont dûs les interests de legs mobiliers.*
11. *Si le legataire doit des labours & semences pour les fruits pendans.*

1. Les fruits pendans lors du decés suivent l'heritage legué.

Les fruits qui sont pendans lors du decés du testateur sur l'heritage qu'il a legué, doivent estre restituez avec le legs même, comme faisant partie du fond, suivant la Loy *Fructus pendentes ff. de rei vendicat.* Aussi la Loy *In falcidia placuit 9. ff. ad L. falcid.* disant, que les fruits pendans lors du decés doivent estre imputez sur la falcidie de l'heritier, comme augmentant le prix de la succession, use de ces termes, *augeant hereditatis æstimationem, fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.* Ce qui doit avoir lieu aussi bien à l'égard d'un legs conditionnel, que d'un pur & simple, puisque la même raison milite à l'égard du condionnel. Au reste nous n'avons point de particularitez dans nostre Jurisprudence, qui nous obligent de nous éloigner du Droit Romain, & nous devons dire aussi, que les fruits pendans lors de la mort du testateur sur l'heritage legué, doivent estre donnez au legataire.

2. Quels fruits sont reputez pendans.

On peut demander quels fruits sont reputez pendans, & en quels temps ils sont censez tels, pour pouvoir estre imputez sur la falcidie, ou sur la legitime, ou pour appartenir incontestablement au legataire du fond: par exemple, si en Mars les bleds sont reputez pendans, & s'ils augmentent dés ce temps l'heritage qui a esté legué. Ensorte qu'un testateur decedant en Mars & ayant legué un heritage, le legataire n'ayant demandé son legs qu'en Septembre, & aprés la recolte, la moisson luy doive estre restituée, ou si elle appartiendra à l'heritier: car on peut proposer quelque temperamment là-dessus. Si le testateur decede les fruits n'estant pas formez ou n'estant qu'à demi formez, il semble qu'il faudra distinguer entre les fruits naturels & les industriaux: car les naturels sont reputez fruits quand ils commencent à paroître; mais il est juste, que les fruits industriaux soient reputez tels, aprés que les façons ont esté données, puisque l'on doit ces fruits à l'industrie de l'homme. Ainsi dans les cas où la plus grande partie des Coutumes, dont nous avons parlé en ce Chapitre, Section 1. décident, que les fruits industriaux deviennent meubles, il est assez juste de les reputer pour des fruits pendans, & de dire, par exemple, que les fruits de la vigne sont reputez pendans, aprés qu'elle est taillée, suivant la disposition de l'article 184. de la Coutume de Blois, comme aussi que les bleds sont censez des fruits pendans, aprés que l'on a labouré & semé, suivant l'article 246. de la Coutume du Maine. Et ce temperamment peut estre appuyé sur les termes de cette Loy *In falcidia 9. ff. ad L. falcidiam*, qui veut même de la maturité dans les fruits, & dit sur ce fondement qu'à l'égard du part d'une esclave, on n'en doit point distinguer le temps, parce que l'homme n'est reputé tel qu'à sa naissance.

3. De quel jour les fruits sont dûs au legataire.

L'on demande aussi de quel jour les fruits sont dûs au legataire, excepté ceux qui estoient pendans lors du decés, & dont il vient d'estre parlé: Et il est certain, qu'en Droit ils ne sont dûs que du jour de la contestation en cause, suivant la disposition précise de la Loy derniere *C. de usur. & fruct. legat.* qui dit, *in legatis & fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis consequuntur*: en effet, c'est de ce jour seulement, que l'heritier est en demeure, & auparavant, le legs n'estant pas moins sujet à délivrance dans le Droit Romain, que dans nostre usage, suivant la Loy 1. *ff. quod legat.* parce que les legataires ne pouvoient tenir la possession de leurs legs, que de l'heritier, il suit que l'heritier gagne les fruits, comme estant possesseur de bonne foy. A l'égard de nostre Droit, il faut resoudre que les fruits des choses leguées y sont dûs du jour de la demande, parce que comme l'on differe souvent la contestation en cause par diverses exceptions, les Ordonnances ont jugé à propos, que dans les cas où il y auroit lieu à la restitu-

tion de fruits, elle fût ajugée du jour de la demande. Et c'est la disposition de l'article 94. de l'Ordonnance de Villiers-Cotterests de l'an 1539.

4. Avis de Bacquet pour les fruits & interests des legs.

L'on ne s'arreste donc pas à l'opinion de Bacquet, lequel en son Traité des Droits de Justice, chapitre 8. nomb. 20. a esté d'avis, que les fruits des choses leguées, estoient dûs du jour du decés, quoique les interests ne courussent que du jour de la demande en délivrance de legs. Il faut demeurer d'accord neanmoins que s'il y avoit quelque temperamment à apporter dans nostre usage, ce ne seroit que par cette distinction. Mais comme il y a des cas où le legataire ne peut avoir aucune connoissance du testament, & où l'heritier au contraire se prévaut de la juste ignorance du legataire, pour ne pas accomplir les legs, usant quelquefois de dol & de fraude pour supprimer la volonté du défunt, dans ces cas on pourroit ajuger du jour du decés les fruits & interests des choses leguées, le tout par forme de dommages & interests, mais on ne se regle pas sur ce qui a esté perçû par l'heritier; mais bien sur ce que le legataire auroit pû percevoir, s'il avoit esté averti du testament, & s'il estoit entré en joüissance. C'est la disposition de la Loy *Si navis 62. generaliter ff. de rei vendicat.* [☞ Les Loix alloient plus loin, & disoient que quand le fils mouroit en possession des biens, ayant supprimé le testament durant sa vie, toute la succession devoit estre ostée à son heritier: C'est la disposition de la Loy *Si quis 26. ff. ad L. Corneliam de falsis. Si quis patris sui testamentum aboleverit, & quasi intestatus decessisset pro herede gesserit, atque ita diem suum obierit, justissimè tota hereditas paterna heredi ejus eripietur.*]

5. Le dol & la fraude de l'heritier font courre les fruits & interests du legataire du jour du decés.

Mais sans des circonstances particulieres il en faut demeurer aux regles, qui sont, que nos heritiers *ab intestat* sont saisis de plein droit, & que les legs qui sont à prendre sur eux, estant sujets à delivrance, & les legataires estant obligez de les demander, suivant la Loy *Cum res 47. de legat. 1.* ils en gagnent les fruits comme veritables possesseurs de bonne foy, jusques à ce que le legataire ait marqué son acceptation, & troublé leur possession par une demande, depuis quoy ils en doivent également les fruits, & les interests, suivant l'Ordonnance d'Orleans, article 60. & celle de 1539 qui vient d'estre citée.

6. Commēt la réticence frauduleuse de l'heritier se peut justifier.

On demandera peut-être, quelles circonstances sont necessaires pour faire preuve de la réticence frauduleuse de l'heritier, & pour le faire condamner à la restitution des fruits du jour du decés. Et j'estime que l'heritier & l'executeur testamentaire estant obligez de faire faire lecture du testament incontinent aprés le decés du testateur, & d'en donner connoissance, autant qu'il se peut, aux legataires, s'ils n'ont point satisfait à cette formalité, mais ont tenu le testament secret, n'executant que ce qui les concernoit, ou leurs parens & amis, & si le testament estoit sous seing-privé, quoique reconnu peut-être pardevant Notaires, & si le legataire estoit absent lors du decés, qu'enfin les circonstances soient telles, que quand le legataire eût voulu sçavoir la chose, la découverte ne luy en eût pas esté facile, en ce cas, les fruits & interests du legs seront dûs du jour du decés, & cela par forme de dommages & interests seulement. Car regulierement nos legataires n'ont ni la proprieté, ni la possession de leurs legs, avant qu'ils en ayent demandé la délivrance, à la difference du Droit Romain, dans lequel ils en avoient la proprieté du jour du decés, *L. Legatum 80. de legat. 2.* Et encore que cette fraude & cette réticence du testament semble venir directement de l'executeur, & non de l'heritier; neanmoins comme celuy-cy ne doit pas même profiter de la faute d'autruy, & que d'ailleurs, il est difficile qu'il ne soit complice de cette fraude dont il profite, il est juste qu'il restituë tous les fruits: & à plus forte raison, s'il est luy-même l'executeur du testament.

Il y a encore un autre cas où les fruits & interests des legs sont dûs du jour du decés, c'est lorsqu'il tient lieu de legitime, suivant l'Arrest des Lusimagnes du 2. Janvier 1609. rapporté par Monsieur le Prestre, Cent. 2. chap. 85. d'où l'on a demandé si le legs fait à la fille, qui a renoncé à la succession par son contrat de mariage, porte interest du jour du decés? La raison de douter est, qu'ayant renoncé, elle ne peut plus prétendre de legitime. Surquoy il faut dire, que l'interest est dû du jour du decés du pere, parce qu'un tel legs est un rappel jusques à concurrence, & est un veritable supplément de legitime sous le titre d'une donation testamentaire, suivant la Loy 1. *C. de impon. lucrat. descript.* qui dit, *in tam enim necessariis conjunctisque personis, sub liberalitatis appellatione, debitum naturale persolvitur.*

7 Les fruits & interests du legs qui tient lieu de legitime sont dus depuis le decés.

Je demande encore, s'il est necessaire que le legataire forme une demande précise pour constituer l'heritier en demeure, ou s'il ne luy suffit pas de faire une sommation, pour interrompre cette prétenduë bonne foy, qui luy fait gagner les fruits? Et il est indubitable qu'il faut une demande, parce que de même que la Loy derniere *C. de usur. & fruct. legat.* desire une contestation en cause, les Ordonnances de 1539. art. 94. & de 1560. article 60. desirent un commencement d'instance, & un ajournement. 1. Parce que c'est une formalité à accomplir de la part du legataire, que de demander précisément la délivrance de son legs. 2. Dautant que la connoissance du droit d'autruy, qui survient à l'heritier, n'empêche pas que le commencement de sa possession estant legitime, il ne doive avoir les fruits: ainsi la sommation n'est pas suffisante, surquoy l'on cite un texte excellent qui est la Loy *Qui scit 25. §. 2. ff. de usur.*

8. S'il faut une demande, ou s'il suffit d'une sommation.

L'on demande si ces fruits sont dûs du jour de la demande en délivrance de legs, ou seulement du jour de la demande incidente faite pour les fruits? Et il faut dire, qu'il suffit d'avoir demandé les fruits dans le cours de l'instance, pour les obtenir du jour de la demande de l'heritage qui a esté legué, puisque la demande du legs faisant la demeure & la contumace de l'heritier, auquel elle est faite, l'oblige de ce jour à la restitution des fruits: jusque-là qu'il y a un Arrest dans Papon, qui est le 9. du titre 4. du livre 18. lequel autorise que le Juge donne les fruits d'office, depuis la contestation en cause: Ainsi il n'importe que l'on ait conclu à la restitution des fruits par l'exploit originaire, ou par une Requeste subsequente, pourvû que cela se fasse dans le cours de l'instance, & l'on en aura toûjours la restitution du jour de la demande en délivrance de legs. Autre chose seroit, si l'on avoit laissé rendre une Sentence diffinitive sans demander les fruits: ce qui seroit sans retour, comme il a esté jugé par Arrest du Parlement de Bordeaux rapporté au même endroit Arr. 10.

9. Si les fruits sont dûs au legataire du jour de la demande du legs, ou du jour de la demande incidente des fruits.

Pour ce qui concerne les interests des legs mobiliers, il faut distinguer ce qui est de l'usage ou de la routine du Palais, d'avec ce qui est de Droit: Car dans le Droit, & selon les plus pures maximes de nostre Jurisprudence, l'interest dé-

10. De quel jour sont dûs les interests des legs mobiliers.

pend de la demeure, & n'est pas un fruit, mais une peine de retardement : car il n'y a que l'usure compensatoire & penale, c'est à dire, celle qui tient lieu de dommages & interests pour le retardement, qui soit autorisée dans ce Royaume, & l'usure du Droit Romain, qui se peut appeller usure lucrative, y est reprouvée : d'où il suit, que cet interest n'est pas moins dû, quand il n'est pas demandé avec le principal, mais l'usage du Palais est contraire.

11. Si le legataire doit des labours & semences pour des fruits pendans.

On peut encore demander si le legataire qui trouve des fruits pendans par les racines lorsqu'il entre en possession de l'heritage qui luy a esté legué, est obligé de rembourser les labours & semences? Sur quoy il faut distinguer entre les labours & semences que le défunt a faits, & ceux que son heritier a pû faire avant la délivrance du legs. Les premiers ne doivent point estre remboursez, parce que les fruits pendans sur l'heritage legué sont présumez avoir esté leguez, comme l'heritage même : & par consequent sans aucune reserve des impenses : ce ne sont pas des fruits du legs; mais des fruits qui ont esté leguez, comme dit le Jurisconsulte Paul. *lib. 3. sent. tit. 6. §. 45. non tanquam legati fructus ; sed tanquam legatos.* D'ailleurs, c'est une maxime, qui a esté établie en la Section précedente nomb. 6. que celuy qui tire son droit du proprietaire qui a fait les impenses, n'est point obligé de les rembourser. Et par la raison contraire, si les labours & semences, ou autres frais, ont esté faits par l'heritier, avant la demande en délivrance de legs, ils sont sujets à remboursement.

A l'égard du fideicommissaire, les fruits pendans lors du decés luy doivent aussi estre restituez sans aucuns frais de labours & semences; mais les fruits intermédiaires entre le decés & le cas de la restitution du fideicommis, ne sont point sujects à restitution, suivant la disposition précise de la Loy *In fideicommissaria 18. init. & §. 2. ff. ad Senat. Trebell.* Il en est autrement à l'égard des fruits pendans lors de la restitution du fideicommis; car ils luy sont dûs à la charge qu'il remboursera les mêmes frais.

SECTION VI.

Des fruits par rapport au successeur à un Benefice, & aux heritiers du prédecesseur.

SOMMAIRE.

1. *Partage des fruits d'un Benefice entre les heritiers d'un défunt & son successeur au Benefice.*
2. *Exemples du Droit Romain, & de quelques Coutumes.*
3. *Si quelque Chapitre peut déroger à ce partage par un usage contraire.*
4. *Des arrerages en remise.*
5. *Si les droits casuels & les obventions se partagent comme les autres fruits de l'année Ecclesiastique.*

Raisons contre les heritiers du précedent titulaire.

Raisons pour les heritiers de précedent titulaire.

Resolution pour les heritiers du précedent titulaire.

1. Partage des fruits d'un Benefice entre les heritiers d'un défunt & son successeur au Benefice.

QUoique le Beneficier soit un veritable usufruitier, & que dans le Droit on ne partage point les fruits avec les heritiers de l'usufruitier, quand la recolte s'est faite de son temps : ensorte qu'entre un usufruitier, & un proprietaire, ou leurs heritiers, l'on suit toujours la regle commune, que les fruits appartiennent absolument à celuy qui a droit à l'heritage lors de la recolte, conformément à la Loy *Defuncta ff. de usufructu.* Neanmoins quand la question se presente entre les heritiers d'un Beneficier, & son successeur, pour le partage des fruits de l'année, l'on ne considere point le temps de la recolte, mais l'on partage l'année à proportion du service, parce que tout Benefice, soit simple, soit ayant charge d'ames, se donne pour l'Office, & ainsi à proportion de l'Office & du temps de service, suivant le Chapitre *Cum secundùm extra de Preb.*

2. Exemples du Droit Romain & de quelques Coutumes.

Aussi dans le Droit le mari qui avoit la dot à titre onereux, partageoit les fruits de la derniere année, à proportion du temps que le mariage avoit duré, avec cette difference neanmoins, que la derniere année du mariage commençoit au point où la premiere avoit commencé, comme l'observe Accurse sur le *§. sed & novissimi*, de la Loy 1. *C. de rei uxor. act.* Et c'est pour cela qu'il y a encore quelques-unes de nos Coutumes, qui partagent entre le survivant, & les heritiers du prédecedé, les fruits extans sur les propres de l'un des deux, lors de la dissolution de la communauté, en consideration de ce que la communauté est chargée des frais des labours & semences.

3. Si quelque Chapitre peut déroger à ce partage par un usage contraire.

Ce partage des fruits de l'année entre les heritiers d'un défunt, & son successeur au Benefice, est si juste, & est d'une équité si naturelle, & d'une police si publique, que je n'estimerois pas qu'aucune Eglise y pût déroger par un usage contraire, ni faire que celuy qui dessert un Benefice, ne partage pas les fruits à proportion, & même certains arrerages qui se passent en remise dans les Chapitres, & dont la distribution ne se fait qu'en des temps fort éloignez : Ce qui se peut inferer de la Loy *Contra 28. ff. de pactis*, & de la Loy *Si quando 35. C. de inoff. testam.* En effet, les Loix coûtent trop à former, & principalement celles qui concernent la police publique, pour que l'on permette aux particuliers de s'en écarter. Et il n'y auroit point d'usage plus abusif, que celuy d'oster ainsi le Benefice à celuy qui est chargé de l'Office. Aussi l'on voit bien des Arrests qui autorisent un usage établi dans un Chapitre, de commencer l'année Ecclesiastique en Mars ; au lieu que nous allons dire qu'elle commence en Janvier : Et c'est l'espece d'un Arrest du 23. Fevrier 1630. pour l'Eglise Collegiale de saint Quentin; mais l'on n'en trouve pas qui ayent jugé qu'un Chanoine qui a servi cinq ou six ans, & qui resigne avant la distribution de ces arrerages, qui sont en remise, ou en souffrance, n'ait pas droit, ou ses heritiers, d'en demander sa part à la premiere distribution, à proportion du temps qu'il a desservi, sous pretexte de quelque usage que ce soit. Ces sortes d'arrerages sont des fruits civils, lesquels sont dûs à mesure de l'échéance ;

4. Des arrerages en remise.

quoique la distribution ne s'en fasse que de temps en temps, & ce sont des droits formez qui s'accumulent.

5. Si les droits casuels & les obventions se partagét comme les autres fruits de l'année Ecclesiastique.

L'on peut encore proposer cette espece, & supposer qu'un Beneficier est entré en possession en Janvier, & a desservi jusqu'en Novembre, auquel temps estant decedé, son successeur a pris possession, & peu aprés a eu une obvention consistant en un droit de relief d'un prix considerable, sur quoy l'on demande si le successeur sera obligé de partager ce droit de relief avec les heritiers du défunt, qui en auroient en ce cas une bonne partie, puisque l'on suppose qu'il n'est decedé qu'en Novembre : car le droit de relief n'est

Raisons contre les heritiers du précedent titulaire.

pas un fruit civil successif, même celuy qui se perçoit en especes, mais c'est un obvention qui arrive en un seul moment, quoiqu'au respect de l'arriere-fief, il comprenne les fruits d'une année. C'est pourquoy si on le repute un fruit de l'année, les heritiers du défunt titulaire le doivent partager à proportion de ce qu'il a vêcu de la derniere année, à la commencer en Janvier. Mais ce qui fait difficulté, est qu'il semble que le relief est plûtost un fruit qui arrive dans l'année, que non pas un fruit de l'année. Et ce qui montre la justice de cette distinction, c'est que si l'on suppose que dans ce qui reste de l'année depuis le decés du dernier titulaire, il ait vaqué un autre Benefice qui soit à la collation de celuy dont il s'agit, quoique l'on dise communément, que *collatio est in fructu*; neanmoins il faut convenir que cette collation appartiendra au successeur, sans que les heritiers du dernier titulaire y puissent rien prétendre : de même, s'il a vaqué un Office, ces aubeines estant plûtost des fruits qui arrivent dans l'année, que non pas des fruits de l'année. A quoy l'on peut ajoûter, que ce partage des fruits de la derniere année, entre les heritiers du défunt & son successeur au Benefice, n'ayant esté établi que pour la subsistance de celuy qui sert à l'Autel, à proportion du temps qu'il occupe le Benefice, ne doit pas comprendre une obvention qui n'arrive que rarement, & peut-estre une fois en cinquante ans, & qui concerne ainsi toute la joüissance & la vie d'un titulaire. En un mot, ce partage ne regarde que les fruits de la derniere année, c'est-à-dire, les revenus annuels de cette derniere année, suivant la maxime ordinaire, que *limitata causa limitatum habet effectum* : Or un relief est un fruit d'un grand nombre d'années.

Raisons pour les heritiers du précedent titulaire.

D'autres disent que le relief sera partagé comme les fruits de l'année, & que les heritiers du défunt en auront la plus grande partie, quoique ce droit soit échû aprés sa mort, & qu'il se perçoive pendant le cours d'une année : & la raison de cela est, qu'une fois ce relief est acquis pendant l'année du decés, c'est un fruit femé & recüeilli en un instant, qui est momentannée, & que l'année du decés produit; & bien loin qu'il y ait des Loix, ou des préjugez contraires, l'on voit qu'un Fermier qui a les droits casuels & les obventions, joüit, aprés son bail expiré, du droit de relief, qui est arrivé le dernier jour de son bail, comme il a esté jugé par un Arrest du 11. May 1585. rapporté par de Lommeau, sur la Coutume d'Anjou, liv. 2. art. 122. & depuis par un du 5. Aoust 1600. au rapport de Monsieur Loüet, en la Cinquiéme Chambre des Enquestes, lequel il donne sous la lettre R. nomb. 43. Ce qui justifie qu'il suffit d'avoir droit aux fruits de l'année, dans laquelle arrive le relief, pour avoir aussi droit au relief, quoiqu'il se perçoive durant le cours de l'année suivante, où l'on n'a plus de droit. C'est sur le même fondement que Maistre Charles du Molin a établi sur la Coutume de Paris §. 34. nomb. 4. & suivans, que si pendant l'année du relief, il vient un autre relief d'un arriere-fief, le Seigneur feodal joüira de cet autre relief, quoiqu'il excede l'année du premier relief, ce qui est même précisément ordonné par quelques Coutumes. Enfin, ils disent, qu'il faut convenir de l'exemple de la collation d'un Benefice, & que la vacance arrivant du temps du successeur au Benefice, quoique sur la fin de l'année en laquelle le précedent titulaire est decedé, la collation n'appartient uniquement qu'au successeur, mais que c'est, parce que la collation est plûtost un droit honorifique qu'un droit utile. Or les droits honorifiques concernent le possesseur du Benefice : jusque-là que Monsieur d'Argentré, sur l'art. 409. de la Coutume de Bretagne, gl. 2. & plusieurs autres Auteurs qui sont citez par Tiraqueau *de legib. connub. leg. 9. n. 11.* ont prétendu, qu'à proprement parler, la collation n'est point un fruit, & n'appartient pas au mari usufruitier de la dot de laquelle la collation dépend. Monsieur d'Argentré disant, qu'il y a de l'indécence, de compter entre les fruits, un choix & un acte de jugement, qui n'apporte aucun fruit, & qui est penible & onereux à ceux qui ont droit de l'exercer, & qui s'en veulent acquitter en gens de biens.

Ils disent sur le mesme fondement, que si un Beneficier meurt en Mars, & qu'en Février il soit arrivé une obvention, & un relief, son successeur y aura part à proportion du temps qu'il a desservi dans cette année.

Ce qui fait quelque difficulté en cette espece, est que l'esprit de ceux qui ont établi les premiers le partage de l'année Ecclesiastique entre les heritiers d'un défunt & son successeur à un Benefice, a esté de garder une parfaite égalité entr'eux, & de la recompenser à proportion du temps que le défunt & son successeur ont desservi, & ce principe semble d'autant plus solide, que l'on peut dire qu'il est commun à l'une & à l'autre opinion : Or cette égalité ne se peut observer que dans le partage des fruits ordinaires, qui ont leurs temps reglez, & non à l'égard des fruits casuels & extraordinaires. Car il viendra un relief la veille du decés du titulaire, lequel sera le seul qui luy sera arrivé pendant cinquante ans de joüissance, ou il en arrivera un au commencement de la possession du successeur qui ne doit peut-estre joüir du Benefice que huit ou dix mois, & comme il peut encore arriver que ce dernier joüisse ces huit ou dix mois pendant l'année du decés qui s'appelle l'année Ecclesiastique; quelle justice y a-t-il que celui qui possede si peu le Benefice, ait la meilleure partie d'une obvention, qui n'arrive qu'en cinquante ans une fois, sous pretexte qu'il a joüi la meilleure partie de cette année Ecclesiastique ? & quelle apparence que cela arrive ainsi, en consequence du partage regulier de l'année Ecclesiastique, lequel inconvenient n'arrive pas dans le partage des fruits naturels & ordinaires? Il semble donc qu'il est plus à propos de dire, que ces fruits casuels & ces obventions ne pouvans pas entrer dans l'intention de la Loy, laquelle a reglé le partage de l'année Ecclesiastique, l'on doit suivre à leur

à leur égard la disposition du Droit commun, & que ces droits qui ne sont point des fruits de l'année; mais des fruits qui arrivent fortuitement dans l'année, doivent appartenir indistinctement au possesseur du Benefice, que ne pouvant faire office de fruits ordinaires, pour conserver l'égalité que demande la Loy, ils fassent l'office d'aubeine & d'obvention au titulaire.

L'exemple du Fermier à qui il arrive un droit de relief sur la fin de son Bail, & celuy du Seigneur feodal, à qui il arrive un relief de l'arriere-fief, pendant qu'il joüit du relief du fief servant, n'appuye point l'opinion contraire; mais justifie seulement que le relief est un fruit qui arrive en un seul moment, & qui n'est point successif, & que par consequent il appartient tout entier au titulaire qui joüit alors du fief dominant.

Resolution pour les heritiers du precedent titulaire.

Nonobstant tout cela, il faut conclure pour les heritiers du precedent titulaire, & observer même dans les fruits casuels & extraordinaires, cette égalité si exacte, que la Loy desire en ces rencontres. En effet, la qualité de ces fruits ne fait point d'obstacle au partage dont il s'agit, s'ils viennent hors l'année du decés, ils appartiennent au titulaire; mais si dans l'année du decés, ils doivent estre partagez, comme une coupe de bois, & une pêche d'étang, qui vient dans cette année, qui sont neanmoins, aussi-bien que l'obvention dont il s'agit, les fruits de plusieurs années. Il n'est pas plus vray de dire dans l'exemple du relief, que c'est un fruit qui vient dans l'année, plustost que ce n'est un fruit de l'année, que dans l'exemple de la coupe d'un bois taillis, ou de la pêche d'un étang. Cependant tout le monde conviendra que la coupe & la pêche suivront le partage ordinaire de l'année Ecclesiastique: il en faut dire autant du relief, qui arrive dans l'année du decés, soit du temps du predecesseur, ou du temps du successeur. Et c'est en cela même que l'égalité se trouve assez parfaite: car de même que le nouveau titulaire n'ayant joüi que huit mois du Benefice, & estant mort en Aoust, aura neanmoin huit parts, dont les douze font le tout dans cette obvention; aussi le precedent titulaire se trouvant dans le même cas, ses heritiers auront le même avantage, & c'est parlà que ce genre de fruits entre dans l'intention de la Loy. Il faut même observer que le relief n'est pas un fruit de plusieurs années, comme une coupe de bois, ou une pêche d'étang, qui ont des temps reglez, puisqu'une seule année peut produire deux reliefs differens, comme il arrivera aussi que cinquante ans ne produiront qu'un seul relief. Ainsi c'est plustost un fruit momentanée que le moment de la mutation produit, & il se peut dire proprement un fruit de l'année, comme tout autre fruit civil qui arrive dans l'année, & qui n'est point successif, & n'est point dû non plus pour des fruits naturels perçus dans l'année precedente.

CHAPITRE VIII.

Si l'heritier succede à tous les droits & à toutes les obligations du défunt.

SOMMAIRE.

1. *Regulierement l'heritier succede à tous les droits du défunt.*
2. *Exception à l'égard des droits personnels, comme d'un usufruit.*
3. *Autre exemple à l'égard d'une suspension d'action, ordonnée en faveur de la personne du debiteur.*
4. *Autre exemple dans les reserves, au profit des filles dotées.*
5. *De la faculté de reprendre franchement & quittement, stipulée au profit de la femme.*
6. *De l'option du douaire coutumier, ou du préfix.*
7. *La fiction stipulée au profit de quelqu'un, ne passe pas à ses heritiers.*
8. *Des privileges personnels, & qu'ils passent quelquefois aux heritiers.*
9. *Du droit de revoquer une donation pour cause d'ingratitude, & si ce droit passe aux heritiers du donateur.*
10. *Si l'obligation de faire quelque chose passe aux heritiers de l'obligé.*
11. Quid *de celle de ne pas faire quelque chose.*
12. *Si les actions penales passent contre les heritiers.*

1. Regulierement l'heritier succede à tous les droits du defunt.

Regulierement l'heritier succede à tous les droits du défunt; parce que tout ce que nous stipulons, & tout ce que nous acquerons, regarde nos heritiers, comme nous-mêmes, *L. si pactum 9. ff. de probation.* Ainsi les droits actifs & passifs du défunt sont les droits de son heritier. La faculté de distraire sa falcidie, ou sa Trebellianique se transmet à l'heritier, *L. quanquam cum glossa C. ad L. falcid.* de même la querelle d'inofficiosité, selon la Loy *Si quis filium C. de inoff. testam.* & la demande de legitime: enfin, une succession que l'on n'a pas encore acceptée se transmet aussi. *L. si fratris C. de jure delib.*

Il y a pourtant quelque distinction à faire en termes de Droit, à l'égard de la querelle d'inofficiosité: car il est certain que si le fils a survécu le pere, & est decedé sans avoir intenté cette querelle, elle est transmise au petit-fils: *L. si is qui & l. pater ff. de inoff. testam.* Que s'il l'a intentée elle passe à toute sorte d'heritiers. *L. si pater tuus L. posthumus §. finali & L. seq. eod.* mais si le fils exheredé, ou preterit, meurt avant le pere, le petit-fils rompt le testament. Et dans nostre Droit nous avons aussi nos distinctions sur ce sujet qui seront expliquées liv. 3. chapitre 5. de la Representation sect. 2. nomb. 9. & suivans.

La premiere exception de nostre maxime generale regarde les choses qui de leur nature, ou en vertu d'une clause expresse, sont expressément limitées à la personne, comme l'usufruit, dont les heritiers ne peuvent prétendre que les fruits échûs lors du decés, *L. stipulatio ista 38. §. si quis 10. ff. de verb. obligat.* Cependant si quelqu'un cede son usufruit à un autre, & que le cession- 2. Exception à l'égard des droits personnels, comme d'un usufruit.

naire decede avant le cedant, les heritiers du cessionnaire continueront de joüir durant la vie du cedant. *L. necessario 8. §. ult. ff. de peric. & comm. rei vend.*

3. Autre exemple à l'égard d'une suspension d'action ordonnée en faveur de la personne du debiteur.

Le même s'observe à l'égard de toutes les dispositions qui estoient limitées à la personne du défunt : Et il y en a un exemple en la Loy *Non solum 8. ff. de liberat. legata*, où un testateur ayant défendu à son heritier d'agir contre Lucius Titius son debiteur : *Heres meus à Lucio Titio ne petito.* Le Jurisconsulte décide que cette disposition ne profite qu'à la personne de Lucius Titius, & ne passe point à son heritier, & il ajoûte, *Quoties enim cohaeret personae id quod legatur, veluti personalis servitus, ad heredem ejus non transit.*

4. Autre exemple dans les reserves au profit des filles dotées.

Nous avons un autre exemple dans les exclusions des filles dotées, où cela s'observe avec beaucoup de rigueur. Les Coutumes qui établissent ces exclusions permettent de reserver la fille dotée & ses descendans, comme celle d'Auvergne chap. 12. article 27. Cependant comme ce n'est pas l'égalité qui est favorable en ces Coutumes; mais bien l'établissement des mâles, elles entendent que la reserve sera expresse pour les descendans, sans quoy la reserve faite pour la fille dotée ne profite pas même à ses propres enfans, en cas qu'elle predecede. Il y en a un Arrest du 28. Avril 1635. rendu pour cette même Coutume, & rapporté par Henrys tome 2. liv. 6. qu. 20.

5. De la faculté de reprendre franchement & quittement stipulée au profit de la femme.

La faculté de reprendre franchement & quittement en renonçant à la communauté, estant donnée à la femme dans son contrat de mariage, & la femme venant à deceder avant le mari, les enfans même ne succedent point à cette faculté, parce qu'elle est pure personnelle, & ne doit point s'étendre d'une personne à une autre, comme estant exorbitante du droit commun, mais si elle a survécu à son mari, & est decedée sans s'estre expliquée sur l'acceptation de la communauté, ou sur la renonciation & la reprise, ses heritiers peuvent non-seulement renoncer, mais reprendre franchement & quittement, parce que cette reprise est un droit formé dans sa succession, qu'ils ont droit d'exercer en sa place. La raison de cette derniere décision est, que la reprise n'est pas attachée à la personne de la femme, comme un usufruit, qui suit la durée de ses jours & finit avec eux, mais comme un droit qui ne se forme qu'au moment de sa survie, mais qui est tout acquis dés-lors, & fait partie de sa succession quand elle decede; ce n'est pas non plus un privilege personnel attaché à sa chair & à ses os : c'est un droit qui dépend de sa survie, & qui estant une fois formé en sa personne, peut estre exercé par ses creanciers de son vivant, ou par ses heritiers aprés son decés.

6 De l'option du douaire coutumier, ou du préfix.

L'option du doüaire préfix ou coutumier, peut estre exercée par les heritiers de la veuve pour les fruits échûs pendant sa survie, quand elle a manqué d'exercer cette option : ils peuvent encore davantage; car si elle avoit l'option du doüaire coutumier, ou d'un préfix sans retour, ils peuvent opter le préfix sans retour.

7 La fiction stipulée au profit de quelqu'un ne passe pas à ses heritiers.

La fiction stipulée au profit de quelqu'un ne passe point à ses heritiers : c'est pourquoy si l'immeuble d'un mineur est vendu, & que le mineur vienne à deceder pendant sa minorité, & que son heritier même decede aussi en minorité, le prix de la vente qui avoit esté propre en la premiere succession, sera pur mobilier dans la seconde; parce que les fictions ne s'étendent point hors le cas pour lequel elles ont esté faites, elles sont toûjours simples, ou renfermées au moins dans leur cas & dans leur espece particuliere. *Fictiones enim semel tantum funguntur, nec egrediuntur personam, cujus intuitu admissae sunt*, disent les Docteurs sur la Loy *In omni 13. ff. de adoption.* Il n'en est pas icy de même qu'en matiere de restitution, où le mineur heritier d'un autre mineur, est restitué de son chef, & non du chef du défunt, selon la Loy *Ea quae 5. si quando C. de tempor. in integ. restitution.* Car la lésion qui cause la restitution est réelle, & passe d'heritier en heritier.

A l'égard des privileges, ou ils sont accordez à la personne, ou à la chose, ou à un certain genre de personne, ou à une Ville & à une Communauté, ou à la faveur d'une cause particuliere. L'on doit cette distinction à Cynus sur la regle *Privilegium* du Droit Canon. Si le privilege est accordé à la personne, il faut examiner si cette personne est la cause immediate du privilege, ou s'il y a quelque autre cause immediate qui fasse que l'on accorde le privilege à la personne : Que si la personne est la cause immediate du privilege, il ne passe point à ses heritiers; parce que si l'on oste la cause, on oste l'effet : C'est ainsi que le privilege du mari, de n'estre point tenu audelà de ce qu'il peut payer de la dot, ses alimens reservez, ne passe point à ses heritiers, au moins à ses heritiers collateraux : il en faut dire de même du pere, du patron & du soldat, qui ont pareil privilege, selon les Loix *16. 17. & 18. ff. de re judicata*, lequel est aussi renfermé en leurs personnes. Que s'il y a quelque autre cause, que l'on considere en accordant le privilege à la personne, en ce cas, aprés que la personne ne subsiste plus, on ne laisse pas de faire subsister le privilege dans celle de ses heritiers : Ainsi le benefice du Senatusconsulte Velleien, & du Macedonien, & celuy de la restitution des mineurs, ayant pour principale cause la surprise & la lésion que souffrent les femmes, les fils de famille & les mineurs, ces privileges passent en la personne de leurs heritiers, selon la Loy *6. ff. de restit. in integrum*, & la Loy *2. C. de temp. in integrum restitutionibus.*

8. Des privileges personnels, & qu'ils passent quelquefois aux heritiers.

Quand les privileges sont accordez à la chose, ils suivent les successeurs, quand ils sont faits pour un certain genre de personnes, il faut executer leur destination : Que s'ils sont donnez à une Ville ou à une Communauté, il n'y a pas de question, car les Communautez ne meurent point. Que s'ils sont donnez à la faveur d'une cause particuliere, comme du dépost, ils passent aux heritiers.

9 Du droit de revoquer une donation pour cause d'ingratitude, & si ce droit passe aux heritiers du donateur.

L'on demande si le droit de revoquer une donation pour cause d'ingratitude est personnel, ensorte qu'il ne puisse estre exercé que par le donateur, ou s'il passe à ses heritiers? Et il est certain que si l'action a esté intentée & contestée par le défunt, elle peut estre poursuivie par l'heritier. Il en faut dire de même si l'action est simplement intentée: car ce n'est point une action penale qui procede d'un crime, & qui ne passe point à l'heritier, si elle n'est contestée; mais si l'action en revocation n'a pas esté intentée, & que le fait dont l'ingratitude resulte, soit arrivé de son vivant, & qu'il en ait eu connoissance, en ce cas, les heritiers ne la peuvent pas intenter. La Loy 1. *C. de revoc. donat.* disant, *Neque enim fas est ullo modo inquietari donationes, quas is qui donaverat, in diem vitae suae non retractavit.* Et la Loy derniere du même titre disant, *Nulla licentia concedenda donatoris successoribus, hujusmodi querimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuerit : silentium ejus maneat semper & non à posteritate ejus suscitare concedatur*

tur. Surquoy il faut observer que la Loy suppose, que le défunt a eu connoissance du fait d'ingratitude, & qu'il a voulu dissimuler : d'où il resulte que si le donataire a machiné quelque chose contre l'honneur du défunt, qui ne soit pas venu à sa connoissance, ou pourra, selon la qualité du fait d'ingratitude, admettre l'heritier à intenter l'action en revocation. Enfin, le fait d'ingratitude peut estre commis depuis le decés, & en ce cas, il est indubitable que l'heritier du donateur peut intenter l'action revocatoire.

Les obligations passives passent aux heritiers, aussi-bien que les obligations actives, & c'est ce qui fait le sujet des chapitres des dettes, & des charges des successions qui sont les 2. & 3. du livre 4. Cependant la relation de la matiere nous donne lieu d'examiner en cet endroit si toutes les obligations passives passent aux heritiers, & il est certain que regulierement elles passent toutes aux heritiers, même celles par lesquelles on a promis de faire quelque chose : ce qui est décidé en la Loy *Veteris 13. C. de contrah. & commiss. stipulat.* qui retranche toutes les subtilitez de l'ancien Droit, & considerant les obligations de faire quelque chose, comme de veritables obligations de donner, attendu que ce que l'on ne fait pas soy-même, on le peut faire par un autre, définit que toutes les obligations, soit de faire, soit de donner, passent aux heritiers de l'obligé. Et il y a beaucoup de justice dans cette proposition, pourvû qu'on la tempere par quelques regles d'équité qui peuvent estre tirées des Loix anciennes: car si celuy qui a promis, a fait fond principalement sur son industrie, & sur des ménagemens qu'il pouvoit faire; si celuy qui a stipulé a fondé aussi sur l'industrie de celuy qui avoit promis de faire quelque chose, & qui a esté prévenu par la mort, on est quelquefois obligé de dispenser ses heritiers de l'accomplissement du marché, aussi la Loy *Inter artifices ff. de solution.* reconnoist la difference presque infinie qu'il y a entre diverses personnes, qui professent un même art, & Bartole, sur cette Loy *Veteris 13. C. de contrah. & commiss. stipulat.* ne croit pas qu'elle ait tellement aboli l'ancien Droit, qu'elle ne souffre exception, en ce cas particulier, que le marché ait eu pour fondement l'industrie de celuy qui promettoit de faire quelque chose. C'est pourquoy la décision dépend des circonstances : car il faut examiner d'un côté la confiance que le bourgeois a euë en la fidelité, ou en l'art & en l'industrie de l'ouvrier: d'un autre les facilitez qu'avoit l'ouvrier, & sur toutes choses l'ouvrage avancé par celuy qui a promis de l'accomplir, & qui est interrompu par sa mort, doit estre parachevé par ses heritiers, pourvû qu'ils puissent trouver des ouvriers, à peu prés aussi propres que le défunt, à donner la perfection à l'ouvrage.

10. Si l'obligation de faire quelque chose passe aux heritiers de l'obligé.

11. Quid de celle de ne pas faire quelque chose.

Que si le défunt avoit promis de ne pas faire quelque chose, c'est une question, que de sçavoir si cette promesse concerne aussi ses heritiers, & premierement quand la stipulation n'auroit aucun effet, si les heritiers n'y estoient obligez, il faut conclure indubitablement qu'elle s'étend aux heritiers, *L. si ita stipulat. ff. de verb. obligat.* mais quand elle ne laisseroit pas d'avoir quelque effet sans s'étendre jusques aux heritiers, alors il faut encore examiner la nature de la promesse, pour sçavoir si celuy qui s'est obligé, a entendu obliger aussi ses heritiers : car s'il a promis seulement de ne se point entremettre dans une affaire, la promesse est personnelle, mais s'il a promis de ne point élever son mur, la promesse est réelle, & passe aux heritiers, même aux successeurs. Ainsi cela dépend des circonstances, les regles que Bartole nous a voulu donner pour cette question, sur la Loy *Si sic stipulatus 133. ff. de verb. obligat.* se pouvant difficilement accommoder à nostre usage.

11. Si les actions penales passent contre les heritiers.

A l'égard des actions penales qui procedent des crimes, la regle de Droit est qu'elles ne passent point aux heritiers, la Loy 111. *de reg. jur. §. in heredes*, y est précise, elle dit, *In heredes non solent actiones transire, quæ pœnales sunt ex maleficio, veluti furti, damni, injuriæ, vi bonorum raptorum.*

La premiere exception est, que dans les crimes publics, les actions penales se donnent contre les heritiers, quand il y a eu condamnation contre le défunt, mais dans les délits privez, il suffit pour cela que la cause ait esté contestée avec luy : ce qui resulte de la Loy 20. *ff. de accusat.* qui dit, *ex judiciorum publicorum admissis, non aliàs transeunt adversus heredes pœnæ bonorum ademptionis, quam si lis contestata & condemnatio fuerit secuta. Ex cæteris verò delictis pœna incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuerit condemnatio secuta.* Et Godefroy, sur ces mots *accusatio mota*, dit, *id est lis contestata.* Aussi Decius, sur cette Loy 111. *de reg. jur.* qui vient d'estre citée, dit : *Fallit, si lis contestata fuerit, & hoc procedit in actionibus civilibus, quæ dantur ex delicto.*

La seconde exception est, au cas que le défunt ait profité de son crime, & que le profit en ait passé à ses heritiers, comme il se voit en la Loy un. *C. ex delictis defunct.* qui dit, *post litis contestationem, eo qui vim fecit vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit defuncto, successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit conveniri juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.* De même, si le défunt estoit obligé en vertu d'un contrat, & qu'il y ait eu du délit mêlé, ses heritiers ne laisseront pas d'en estre tenus : ce qui se verifie dans les heritiers d'un tuteur qui a prévariqué dans sa gestion, suivant la Loy *Ex contractibus 49. ff. de obligation. & action.*

Dans nostre usage l'on n'a point d'égard à la contestation en cause, & les dommages & interests sont dûs par les heritiers indistinctement: ce qui comprend la restitution des choses mal prises, & l'indemnité absoluë de la partie civile. Cet usage est attesté par Maistre Antoine Mornac, sur cette Loy un. *C. ex delict. defunct.* Mais à l'égard des délits legers, qui sont compris en Droit dans cette action, qui s'appelle *actio injuriarum*, nous ne permettons pas que les dommages & interests s'en poursuivent contre les heritiers, qui n'en profitent point : ce qui fut jugé autrefois en faveur de la veuve du nommé Malescot, qui avoit excedé Leonard Mercier Greffier : car le premier Juge ayant ordonné qu'elle défendroit à la demande en qualité de mere & tutrice, la Cour infirma la Sentence, & au principal mit les Parties hors de Cour & de procés; l'Arrest qui est du penultiéme May 1575. est dans Bouchel, tom. 2. *in verb. injures*, pag. 417.

Fin du second Livre.



TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

LIVRE TROISIEME.

COMMENT ON SUCCEDE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA REGLE LE MORT SAISIT LE VIF.

Du droit de déliberer, & de l'acceptation des successions.

SOMMAIRE.

1. *Si cette regle a sa source dans le Droit Romain.*
2. *Partage de ce chapitre.*
3. *Si dans les cas où les heritiers présomptifs peuvent partager les biens de l'absent, ils sont reputez saisis.*
4. *Resolution pour l'affirmative.*
5. *Cette regle demande que le défunt ait esté en possession.*
6. *Qu'il est necessaire que le défunt ait eu une possession civile & absoluë.*
7. *Qu'en plusieurs Coutumes l'aîné est seul saisi.*
8. *Si la fille rappellée est saisie.*
9. *Si l'indigne est saisi.*
10. *Espece d'un fils desherité, qui s'est porté heritier beneficiaire pendant la discussion des biens de son pere, & revient aprés les trente ans pour partager le residu des biens.*
11. *Le fils de l'incapable peut estre saisi.*
12. *Si le conjoint se peut dire saisi.*
13. *Resolution pour l'affirmative.*
14. *Autres successeurs saisis.*
15. *Si l'heritier beneficiaire est saisi.*
16. *Si l'heritier simple, qui exclut le beneficiaire, est saisi.*
17. *Resolution, qu'il est saisi du jour du decés.*
18. *Même celui qui vient d'un degré plus éloigné.*
19. *Si l'heritier testamentaire est saisi.*
20. Quid *si son legs excede de beaucoup sa part hereditaire.*
21. *Qu'il est saisi du total.*
22. *Coutumes qui en décident ainsi.* Quid *à l'égard des substituez.*
23. *Si l'heritier conventionnel est saisi.*
24. *Des adoptez & affiliez, & s'ils sont saisis.*
25. *Du legitimaire.*
26. *Si l'heritier se peut dire saisi du retranchement de l'Edit des secondes Nôces.*
27. *Resolution pour la negative.*
28. *Si en collaterale l'on est saisi de ce que produit le double lien.*
29. *Resolution pour l'affirmative.*
30. *Si le plus proche heritier est saisi des propres qui luy viennent par dévolution d'une ligne à l'autre.*
31. *Si la succession simplement déferée est necessairement comprise dans la démission des biens.*
32. *Si l'heritier est saisi des droits incorporels.*
33. *Si l'heritier est saisi au respect du Seigneur dominant.*
34. *Des effets les plus particuliers de nôtre regle, & premierement de la transmission.*
35. *Des interdits possessoires.*
36. *Si nostre regle se peut retorquer contre l'heritier.*
37. *De la maxime qui dit, que* n'est heritier qui ne veut.
38. *Que l'heritier né exclut ceux à naître. Renvoy.*
39. *Du droit de déliberer.*

40. De l'acceptation des successions, & de la transmission.
41. Des délais de déliberer.
42. De l'acceptation des mineurs.
43. Si l'on entretient ce qui s'est fait pendant l'addition du tuteur.
44. De l'acceptation des majeurs, & de leur restitution.
45. De la restitution contre la renonciation des majeurs.

1. Si cette regle a sa source dans le Droit Romain.



IL est assez à propos de commencer à expliquer comment l'on succede *ab intestat*, par la regle *le mort saisit le vif*, parce que la premiere démarche, lors de l'ouverture d'une succession, n'est pas celle de l'heritier, mais celle de la Loy, qui le saisit de ce qui luy est destiné. Quelques-uns ont prétendu que nous avons tiré cette maxime, que Monsieur Tiraqueau appelle *la Coutume du monde*, des sources de la Jurisprudence Romaine, & le texte le plus précis qu'ils alleguent, est dans la Loy *Cum Miles 30. ff. ex quib. caus. maj. in int. restit.* qui dit, *quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, & plerumque nundum adita hereditate, completur.* Cependant il faut convenir avec Monsieur Cujas sur cette Loy, liv. 12. *ad ed. Paul.* que cette regle n'est point du Droit Romain, dont les principes ne souffrent point que l'on dise, que la possession se continuë d'une personne en une autre, sans une prise de possession actuelle, comme Balde a remarqué sur la Loy *Licet ff. de adquir. possess.* au contraire, la Loy *Cum heredes 23. ff. de adquir. vel amitt. possess.* dit, *Cum heredes instituti sumus adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.* Et si elle parle des successions testamentaires, la Loy *Pomponius 13.* du même titre au §. *quæsitum 4.* dit la même chose pour les successions *ab intestat.* Enfin la Loy 30. §. 5. du même titre, dit, *quod per colonum meum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere, retinere enim animo possessionem possumus; adipisci non possumus.* Aussi la plûpart des Docteurs conviennent qu'il y avoit cette difference entre les contrats & les successions, tant *ab intestat*, que testamentaires, que dans les contrats, la proprieté ne se pouvoir acquerir sans la prise de possession, conformément à la Loy *Traditionibus C. de pactis*, mais que dans les successions, & même dans les legs & les fideicommis, la proprieté estoit acquise au moment de la mort du défunt, quoique la possession ne le fût jamais sans une prise de possession actuelle: ce qu'ils fondent sur la disposition de la Loy *Si ager 50. ff. de rei vendicatione.* Et pour ce qui est de la Loy *Cum miles 30. ff. ex quib. caus. maj.* elle a pour fondement une autre disposition de Droit, que le temps intermediaire entre la mort & l'addition d'heredité profitoit pour la prescription, suivant la Loy *Nunquam 31. §. vacuum ff. de usurpat. & usucap.* & la Loy *Denique 19.* du même titre *ex quib. caus. maj.* ce qui ne décide pas que l'heritier soit saisi de plein droit: car cela venoit de l'effet retroactif de la prise de possession de l'heritier, qui déslors qu'il entroit une fois en possession, estoit présumé y estre entré du jour du decés.

☞ Il y avoit aussi une regle dans le Droit Romain, qu'on n'avoit pas égard au temps de la mort, pour juger qui estoit le plus proche heritier, mais au temps auquel il avoit esté constant que le défunt estoit mort *ab intestat*, suivant la Loy 2. §. *proximum 6. ff. de suis & legitim. hered.* Or rien n'est plus opposé à nostre regle *le mort saisit le vif* son plus proche heritier, & à la maniere dont nous avons coutume de l'expliquer pour trouver ce plus proche heritier dont elle parle, qui selon nos usages doit avoir esté le plus proche au temps du decés.]

Il faut dont conclure que cette maxime *le mort saisit le vif*, n'a point d'autres sources que celle de nostre Jurisprudence Françoise. ☞ Quoique Papon, livre 21. titre 6. Arrest 2. nous apprenne qu'elle est aujourd'huy observée en païs de Droit écrit.] Et pour en parler conformément à nostre usage, l'on peut, sans s'embarasser d'une plus grande distinction, diviser la matiere en deux parties, & traiter dans la premiere des conditions sous lesquelles cette maxime doit avoir lieu, & examiner dans la seconde quels sont les effets de cette maxime. — 2. Partage de ce chapitre.

La premiere des conditions est, la mort de celuy des biens duquel il s'agit, & l'on peut demander si les heritiers présomptifs, qui ont fait un partage provisionnel des biens de l'absent, peuvent se dire, & sont veritablement saisis: ensorte qu'avant même que de prendre actuellement possession des biens, ils ayent les interdits possessoires, & puissent, selon nostre usage, intenter complainte en cas de saisine & nouvelleté. Et la raison de douter est, que nostre regle présuppose la mort de celuy des biens duquel il s'agit; ce qui se doit entendre d'une mort actuelle, & non pas de celle qui n'a de fondement que sur une longue absence, tandis principalement que l'absent n'a pas atteint l'âge de 100. ans, qui sont le terme ordinaire de la vie de l'homme. D'ailleurs, si une longue absence faisant présumer la mort, fait encore que l'on repute l'heritier saisi de plein droit, l'on fera une double fiction contre la regle ordinaire. — 3. Si dans les cas, où les heritiers présomptifs peuvent partager les biens de l'absent, ils sont reputez saisis.

Il faut dire, nonobstant cela, que dans les cas où l'absent est reputé mort, comme au Maine & en Anjou, aprés 7 ans d'absence, pendant lesquels l'on n'a reçû aucunes nouvelles, & dans les autres cas mentionnez cy-dessus, liv. 1. chap. 1. sect. 1. nomb. 1. & suivans, ses heritiers sont saisis du jour qu'ils se sont fait ensaisiner de ses biens, suivant les articles 288. & 289. de ces deux Coutumes, ou parmi nous, du jour du partage provisionnel, parce que c'est de ce jour que l'absent est reputé mort, à cause du consentement de toute la famille, suivant ce qui a esté expliqué au même endroit. Et il n'y a point en cela deux fictions, parce que la saisine de l'heritier est la suite & l'effet de la présomption de la mort, & l'on se trompe souvent à ce brocard, qui défend deux fictions dans un même sujet, si l'on considere la cause & l'effet pour deux fictions differentes, comme nous avons montré ailleurs, & au chap. de la success. de collat. Sect. 2. nomb. 10. & 11. Ainsi avant toute sorte de prise de possession, dés que sur le fondement d'une longue absence, l'on a procedé à un partage provisionnel des biens de l'absent, les heritiers sont saisis, & peuvent se servir des interdits possessoires. Que si l'absent avoit commencé de s'absenter en un âge si avancé, qu'il eût atteint sa centiéme année, en ce cas, sans qu'il fût besoin de proceder à aucun partage provisionnel, ses heritiers présomptifs seroient encore saisis de plein droit, sur la présomption de la Loy 56. *ff. de usufr.* & de la Loy *Ut inter divinum 23. C. de sacros. Eccles.* — 4. Resolution pour l'affirmative.

La seconde condition est, que le défunt ait esté en possession: car il ne peut pas laisser à son he- — 5. Cette regle deman-

de que le défunt ait esté en possession.

ritier une possession laquelle il n'a pas luy-même, suivant la Loy *Nemo plus ff. de diverſ. reg. jur.* & la Loy *Traditio ff. de adquir. rer. domin.* C'est pourquoy le droit du défunt regle le droit de l'heritier. Que s'il avoit esté récemment troublé dans la possession d'un heritage, l'heritier, qui est saisi de tous ses droits peût former complainte, mais si lors du decés du défunt il y avoit plus d'un an qu'il estoit dépossedé, la complainte appartient au possesseur. Enfin, s'il a disposé de la chose entre-vifs, quoique par un titre, auquel il est aisé dans la suite de donner atteinte, l'heritier ne se peut dire saisi, mais succede seulement aux actions rescindantes & rescisoires du défunt. Comme aussi la possession du défunt qualifie celle de l'heritier: c'est pourquoy l'heritier n'a que la seule détention de ce qui avoit esté déposé ou donné en gage au défunt, & cela jusqu'à la revendication du proprietaire, mais il ne s'en peut point dire saisi, §. *poſſi lere inſtit. de interd.*

6. Qu'il est necessaire que le défunt ait eu une possession civile & absoluë.

Il ne faut donc pas dire, que l'heritier succede toûjours à la possession du défunt, puisque cette succession n'a pas lieu si le défunt n'avoit que le simple usage, ou le simple usufruit de la chose, ou s'il l'avoit euë à titre de dépost, de prest, ou de précaire, & qu'en tous ces cas, & toutes les fois generalement que le défunt n'avoit qu'une simple possession naturelle, & non pas une possession civile, l'heritier n'est point saisi. De même, si le défunt avoit la simple possession civile, son heritier n'est point saisi: ainsi la mort de celuy qui a la nuë proprieté, ne saisit pas son heritier, & ne luy donne pas la possession, au préjudice de celuy à qui l'usufruit appartient, & l'heritier du simple proprietaire se peut dire seulement saisi de la nuë proprieté: en quoy neanmoins il differe de l'heritier du simple usufruitier, lequel n'est saisi de rien, mais cette difference est fondée dans la nature de l'usufruit, qui ne passe pas la personne de l'usufruitier; au lieu que la nuë proprieté n'est point attachée à la personne, mais passe aux heritiers.

Il en est de même de tout ce qui estoit attaché à la personne du défunt, comme d'un privilege pur personnel, *L. privilegia de reg. jur.* & de tout ce qui luy venoit *ex causa non transitoria L. antiquitas C. de usufr.*

De même, si la possession du défunt n'estoit qu'à temps, il n'est point reputé avoir saisi son heritier: ainsi l'heritier du mari n'est point saisi des biens dotaux, ni du total des effets de la communauté.

7. Qu'en plusieurs Coutumes l'aîné est seul saisi.

La troisiéme condition est, qu'il y ait un heritier, lequel puisse estre saisi. Les enfans, les fols & les furieux sont saisis: car ils sont capables de succeder. Surquoy il faut observer. 1. Qu'en plusieurs Coutumes du Royaume, entre Nobles, l'aîné est seul saisi de toute la succession: ce qui a lieu, par exemple, en Normandie, selon l'art. 236. de cette Coutume, il gagne même les fruits jusqu'à ce que ses freres luy ayent demandé partage: ce qui a lieu aussi en la Coutume de Lodunois, chap. 27. art. 6. & dans plusieurs autres.

8. Si la fille rappellée est saisie.

En second lieu, en plusieurs Coutumes les filles dotées ne sont point saisies, parce qu'elles sont excluses en faveur des mâles, & c'est la disposition de l'art. 557. de la Coutume de Bretagne, de l'art. 305. de celle de Bourbonnois, de celle d'Anjou, de Touraine & du Maine. Que si ces filles ainsi dotées sont rappellées, quoique ce soit en consequence d'une disposition de l'homme, qu'elles viennent à la succession; neanmoins elles sont saisies, *remoto ſcilicet per id teſtamentum atque ſublato impedimento quod ei ad ſucceſſionem obſtrat, ſcilicet pacto vel ſtatuto*, dit Monsieur Tiraqueau, part. 2. déclar. 8. nomb. 4. de son Traité *le mort ſaiſit le vif.* A quoy l'on peut appliquer la Loy *Si pater §. ult. ff. de manum. vind.* & Maistre Charles du Molin, sur l'art. 6. de la Coutume locale de Lepuroux & Bouges, présuppose que toutes les fois que le rappel se fait *intra terminos juris*, le rappellé est saisi, aussi un tel rappel a lieu regulierement comme succession, & non pas comme legs: ce qui a esté jugé pour le rappel d'un neveu en la Coutume de Senlis, par Arrest du 23. Decembre 1614. rapporté par Monsieur Bouguier, lettre S. nomb. 13.

9. Si l'indigne est saisi.

En troisiéme lieu, l'on peut demander si l'indigne est saisi de la succession, qui luy devroit appartenir, sans son indignité? Et il est indubitable qu'il en est saisi, jusqu'à ce qu'il en ait esté déclaré indigne, & peut, jusqu'à ce temps, intenter complainte, & se servir de tous les interdits possessoires. Car ce n'est qu'à l'égard du fisc que nous confondons l'indigne avec l'incapable, pour empêcher que le fisc ne profite d'un legs ou d'une succession *ab inteſtat*, qui auroit pû appartenir à l'indigne. Et à cet égard nous estimons que l'indigne est incapable, pour ne pas laisser dans une confiscation ce que l'indigne auroit eu, sans son indignité, mais en toute autre chose nous considerons l'indigne comme un successeur legitime, qui ne peut estre privé de ses droits, que par la déclaration qui doit estre faite en Justice de son indignité. C'est sur ce fondement qu'un fils ayant esté desherité, mais son exheredation n'ayant point paru, peut-être à cause que les biens du pere estoient dans une discussion generale, & ce fils ayant eu la précaution de prendre des Lettres de benefice d'inventaire pendant cette discussion, est recevable, aprés les trente ans, de profiter de sa part dans le restant des biens, sans qu'on luy puisse opposer l'acte d'exheredation: ce que j'estimerois devoir avoir lieu au cas même que durant la discussion, il n'eût point fait d'autre acte d'heritier, sinon que la discussion auroit esté faite ou continuée, tant sur luy, que sur ses freres: même au cas qu'elle eût esté faite sur l'aîné & autres heritiers. Ainsi l'on peut dire que l'indigne est saisi de plein droit, mais que l'incapable ne l'est pas, & que l'indigne est capable d'acquerir, mais qu'il ne peut pas conserver, mais qu'au contraire l'incapable ne peut pas même acquerir une succession, ni s'en dire saisi en façon quelconque. C'est pour cela que les Coutumes disent que le mort saisit le vif son plus proche heritier habile à luy succeder, comme celle de Paris, art. 318. celle de Meaux, art. 40. celle de Sens, art. 105. celle de Troyes, chap. 90.

10. Espece d'un fils desherité, qui s'est porté heritier beneficiaire, pendant la discussion des biens de son pere, & revient aprés les trente ans, pour partager le résidu des biens.

11. Le fils de l'incapable peut estre saisi.

L'incapacité du pere ne nuit point au fils qui vient en égal degré, ou qui est en degré de representation, & n'empêche pas qu'en ce cas, le fils ne se puisse dire saisi, pourvû qu'il ait esté ou né, ou conçû au temps de la mort de celuy *de cujus bonis*, selon le §. *& licet inſtit. de heredit. qua ab int. defer.* & la Loy 1. §. *ſciendum*, la Loy *Titius 6.* & la Loy suivante *ff. de ſuis & legit. hered.* Voyez ce qui a esté dit au livre 1. chapitre 3.

12. Si le conjoint se peut dire saisi.

En quatriéme lieu, l'on demande si les conjoints qui se succedent l'un à l'autre en vertu du titre *unde vir & uxor*, se peuvent dire saisis? & la raison de douter est, qu'ils ne succedent point par aucun droit du sang, cette succession n'estant fondée que sur la présomption de la volonté du prédecedé, que l'on croit volontiers avoir mieux aimé que le survivant luy succedât, que non pas le fisc. Aussi un divorce actuel faisant cesser cette présomption, empêche cette succession, & le sur-

vivant ne peut pas demander que le testament du prédecedé soit reduit au quint des propres, la volonté expresse prévalant à une volonté presumée. Enfin, l'on voit que jusqu'au temps des Empereurs Theodose & Valentinien, il n'a point esté fait mention de la succession des conjoints; mais que l'on donnoit seulement la possession des biens, quand le conjoint mouroit sans aucuns parens.

13. Resolution pour l'affirmative. J'estime nonobstant tout cela, que le conjoint, qui doit succeder en vertu de ce titre est saisi actuellement, & peut intenter complainte, avant même que d'avoir pris possession des biens de la succession; parce que le conjoint survivant est appellé dans son ordre comme les parens, & il y a même plusieurs de nos Coutumes qui en ont des dispositions précises, comme celle de Poitou, art. 299. & celle de Berry, tit. 19. article 8. D'ailleurs, comme nous avons dit au chap. de la succession d'entre mari & femme, ce n'est point par le moyen d'aucun acte, ni d'aucune donation, que le survivant succede; mais par une subrogation que fait la Loy de la personne du survivant, à celle du conjoint prédecedé. Ce qui aura aussi lieu au cas que le prédecedé laissant des parens, ils renoncent tous à sa succession, ce qui donne lieu au titre *unde vir & uxor*. Enfin, au cas que le conjoint prédecedé ait laissé ses biens par testament au survivant, pourvû que lors du decés il n'y ait point d'heritiers legitimes, comme il a esté dit au même endroit.

14 Autres successeurs saisis. L'on étend encore plus avant la regle dont il s'agit, car on l'applique aux simples successeurs de Droit, comme à un Abbé qui succede à son Religieux, à qui l'on permet de former complainte, selon l'Arrest rendu au profit du Prieur de saint Martin des Champs, le 1. Juin 1585. rapporté par Bacquet au Traité de Desher. chap. 3. Aussi l'Abbé est d'autant plus saisi qu'il l'estoit du vivant de son Religieux, *possessio Monachi est possessio Abbatis; sicut possessio servi est possessio Domini.*

Sur le même fondement on applique nostre regle au Seigneur Haut-Justicier, & quoique ce soit contre l'opinion de Bacquet, au lieu qui vient d'estre cité, il est certain que cela est conforme à plusieurs de nos Coutumes, comme Troyes, article 91. Clermont, article 68. Bordeaux, titre de main-morte, art. 14.

15. Si l'heritier beneficiaire est saisi. En cinquiéme lieu, l'on demande si l'heritier par benefice d'inventaire, se peut dire saisi de plein droit? La raison de douter est, qu'il semble que ce seroit sans effet qu'il seroit jugé saisi: car s'il intentoit complainte avant que d'avoir obtenu & fait enteriner ses Lettres de benefice d'inventaire, il feroit acte d'heritier pur & simple, aprés quoy, il ne seroit plus reçû à se dire heritier beneficiaire. A quoy il faut répondre que cet heritier est saisi, & que le benefice d'inventaire qui est un privilege & une grace que la Loy accorde à l'heritier, ne diminuë rien d'ailleurs de ses droits, qu'ainsi il est saisi de plein droit, comme un heritier pur & simple, & que s'il ne peut pas prétendre les avantages du benefice d'inventaire, sans avoir obtenu & fait enteriner des Lettres, cela n'empêche pas qu'il ne soit avant cela même un veritable heritier. Et pour ce qui vient d'estre dit, que la complainte qu'il pourroit intenter, le pourroit faire declarer heritier pur & simple, aprés quoy il n'y auroit pas de retour au benefice d'inventaire, il faut répondre. 1. Que l'on ne traite pas avec la même rigueur celuy qui veut estre heritier beneficiaire, quand il s'agit de sçavoir, s'il n'a point fait prealablement quelque acte d'heritier pur & simple, que celuy qui refuse tout-à-fait d'estre heritier, aprés avoir fait neanmoins quelque acte d'heritier. 2. Que ce qui se fait par une espece de necessité & pour la conservation des biens, n'est pas reputé estre un acte d'heritier; puisque la Loy *Pro herede 20. ff. de adquir. vel omit. hered.* au commencement dit, *si quis custodiæ causa fecit, apparet non videri pro herede gessisse:* Or la complainte qui sert à conserver la possession estant une action qui ne se peut intenter que dans l'an du trouble, viendroit quelquefois à tard, si l'on differoit de l'intenter jusqu'à l'enterinement des Lettres de benefice d'inventaire. Ainsi il est necessaire en ce cas de prevenir les dernieres formalitez du benefice d'inventaire, pour se pourvoir, & qu'à cet effet l'heritier beneficiaire soit reputé saisi, sans que cela puisse estre tiré à consequence contre luy, ni que cela l'expose à estre declaré heritier pur & simple, pourvû neanmoins que dans l'exploit de complainte il ait pris qualité d'heritier beneficiaire.

16. Si l'heritier simple qui exclut le beneficiaire est saisi. En sixiéme lieu, je demande si l'heritier simple qui exclut le beneficiaire, est saisi de plein droit? Et il faut déja distinguer, car si l heritier simple est en égal degré que le beneficiaire, ils estoient tous deux saisis de leurs parts afferantes, lors de l'ouverture de la succession; que si le pur & simple est en un degré plus éloigné, en ce cas il est toûjours vray de dire, qu'il entre dans tous les droits de l'heritier beneficiaire, comme un lignager qui évince un tiers acquereur par retrait lignager, ou un Seigneur qui l'évince par retrait feodal. Ensorte que toutes les hypoteques & les alienations faites par l'heritier beneficiaire, sont revoquées au moment de cette exclusion, & principalement celles qui ont esté faites sans les formalitez prescrites. Enfin, l'on peut comparer l heritier beneficiaire en ligne collaterale, à celuy qui acqueroit quelque chose sous condition, que si dans un certain temps l'on offroit un plus grand prix de la chose venduë, la vente demeuroit nulle, ce qui s'appelloit *adictio in diem*, & pendant ce temps, cet acheteur ne pouvoit constamment ni aliener, ni hypotequer la chose, suivant la Loy *Si res distracta 3. ff. quib. mo l. pign. vel hypot. solvit.* Car la Coutume defere la succession beneficiaire sous une condition à peu prés semblable, c'est-à-dire, pourvû que dans l'an il ne se presente point d'heritier pur & simple, lequel on presume faire la condition des creanciers & du défunt beaucoup plus avantageuse. C'est pourquoy tous les droits de la succession passent en la personne de l'heritier pur & simple, au moment qu'il donne l'exclusion au beneficiaire.

Il semble neanmoins, qu'il faut distinguer le temps auquel l'heritier pur & simple peut estre saisi en ce cas particulier: car l'on peut soûtenir qu'il ne le peut estre avant que l'exclusion ait esté prononcée, laquelle même ne s'ordonne pas purement & simplement. Car l'on donne à l'heritier beneficiaire un certain temps pour se declarer heritier pur & simple, à faute de quoy il sera exclus dés à present comme dés-lors. Ainsi il semble que le pur & simple n'est saisi que du jour de l'expiration de ce délay, ou au plûtôt du jour de cette Sentence, quand par l'évenement l'heritier beneficiaire a refusé la condition de se porter heritier pur & simple. Mais d'un autre côté ce n'est pas estre saisi de plein droit, comme l'heritier le doit estre, en vertu de nostre regle, *le mort saisit le vif*, que de ne l'estre qu'en vertu d'une Sentence, & longtemps aprés la mort du défunt.

17. Resolution qu'il est saisi du jour du decés. Pour se déterminer là-dessus, suivant l'exactitude des plus pures maximes, il faut dire que l'heritier pur & simple, qui dans l'évenement devoit estre le seul heritier, est reputé saisi du jour

du decés. Que si l'on juge que l'heritier beneficiaire, avant l'exclusion demandée, a pû vendre les meubles, en observant l'art. 344. de la Coutume de Paris, & que l'acheteur n'en peut estre évincé. De même si les immeubles qu'il a vendus avec decret, suivant l'article 343. de celle d'Orleans, ne se peuvent contester à l'adjudicataire, tout cela n'a lieu qu'en faveur de la bonne foy d'un tiers détempteur, qui a acheté avec les formalitez prescrites. Mais dans la rigueur, l'heritier pur & simple, comme le retrayant, devroit revoquer toutes les alienations, & tout ce qui excede les termes d'une simple administration. Car quoique l'heritier beneficiaire soit veritable proprietaire; neanmoins c'est *resolubiliter*, & sous cette condition qu'il ne se presente point dans l'an d'heritier pur & simple, suivant l'article 340. de la même Coutume d'Orleans, auquel cas son droit se mesure sur le pied d'une simple administration. Il faut donc dire, que du moment que l'heritier pur & simple s'avise de donner l'exclusion au beneficiaire, il peut se servir de tous les interdits possessoires pour raison des biens de la succession, & que toutes ses complaintes subsistent si dans l'évenement il exclut le beneficiaire, qui de ce moment n'a pas plus de droit de les intenter de sa part, que si un heritier d'un degré plus proche luy donnoit l'exclusion que luy donne cet heritier pur & simple, quoique d'un degré plus éloigné. Ainsi cet heritier beneficiaire n'a point d'autre recours pour prévenir la saisine & la possession de l'heritier pur & simple, que de se déclarer d'abord luy-même heritier pur & simple.

18. Même celuy qui vient d'un degré plus éloigné. Il faut encore aller plus loin, & dire, que l'heritier pur & simple, quoique d'un degré bien éloigné, peut se dire saisi, & l'est veritablement contre l'heritier beneficiaire, encore que Monsieur Tiraqueau en son Traité *le mort saisit le vif*, part. 2. declar. 13. nomb. dern. soit d'avis contraire. Et la raison de nostre proposition est, que dessors que le beneficiaire est en état d'estre exclus, il est consideré, encore un coup, comme un heritier d'un degré plus éloigné, qui s'estoit mis en possession des biens de la succession, & contre lequel l'heritier le plus proche a droit de former complainte; parce que dans nostre cas, l'heritier pur & simple est le seul que la Coutume reconnoist, & l'avantage qu'elle suppose qu'il fait aux creanciers, & à la memoire du défunt, luy donne le premier rang dans l'ordre de succeder, & ainsi fait qu'il est le seul saisi, & qu'il peut former complainte pour les biens de la succession, tant contre l'heritier beneficiaire même, que contre les étrangers. Aussi cette exclusion est presentement un droit commun de ce Royaume, & si on ne l'admet pas dans les païs de Droit écrit, parce qu'elle n'a aucun fondement solide dans la disposition du Droit; au moins on l'établit pour la ligne collaterale dans les Coutumes qui n'en font aucune mention; comme il paroist par l'Arrest du 7. May 1602. rendu pour la Coutume de Loudun, & rapporté par Peleus, liv. 7. act. 5. & par un du 17. Avril 1601. rendu pour la Coutume de Poitou, & rapporté par Montholon, Arr. 94. & par Bouguier, lettre H. nomb. 1. Ensorte que l'heritier, qui exclut, doit d'autant plus estre reputé saisi, que son droit est fondé sur la disposition du Droit commun: Enfin, la Coutume ne veut qu'un heritier pour les mêmes choses, estant impossible que deux ayent un droit solidaire sur les mêmes biens, suivant la Loy *Possidere 3. §. ex contrario 5. ff. de adquir. vel amitt. possess.* qui dit, que *plures eandem rem in solidum tenere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cùm ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris:* ainsi celuy qu'elle préfere, elle le saisit de plein droit, & luy donne la faculté d'intenter complainte contre qui que ce soit.

En septiéme lieu, je demande si l'heritier testamentaire est saisi? Et j'estime que celuy qui sans 19. Si l'heritier testamentaire est saisi.
le testament se trouvoit heritier présomptif, est saisi de plein droit, lorsqu'il est fait heritier testamentaire: ce que j'entends tant de l'heritier institué, dans les Coutumes où l'institution d'heritier s'observe, comme dans la Coutume de Berry, que du simple legataire universel dans les autres Coutumes. Et ma raison est, qu'en ce cas, le droit du sang ne s'efface pas par la liberalité du testateur, & qu'au contraire il arrive presque toûjours que ce même droit du sang est le fondement de cette liberalité, le testateur ayant souhaité que son heritier reçût de sa liberalité, ce qui luy estoit déferé par la disposition de la Loy: & c'est le sentiment de Monsieur Tiraqueau, part. 2. declar. 2. nomb. 1. de son Traité *le mort saisit le vif*.

La Coutume de Berry va bien plus loin: car au tit. 18. art. 7. elle décide, que l'heritier institué, quoiqu'étranger, est saisi pour la moitié, quand il y a enfans, & pour le tout quand il n'y en a point: sur lequel la Thaumasiere a observé en ses décisions, qu'à l'égard du substitué il est saisi, au respect de l'institué, pour l'obliger à restitution; mais qu'au respect d'un tiers acquereur de bonne foy, le substitué n'est point saisi, & est tenu de former sa demande contre luy en ouverture de substitution.

Cette disposition de la Coutume de Bourges a son fondement dans les maximes du Droit Civil, selon lesquels l'heritier institué à titre universel est subrogé au lieu de l'heritier *ab intestat*, & la volonté du défunt, à la disposition de la Loy.

Je demande derechef si l'heritier présomptif, 20. Qu'il soit saisi si son legs excede de beaucoup sa part hereditaire.
à qui le testateur a legué beaucoup audelà de sa part afferante, est saisi du total de son legs, & pour pouvoir intenter complainte contre des étrangers, & pour estre dispensé de demander la délivrance de son legs à ses coheritiers, & si cela a lieu, tant en ligne collaterale, qu'en ligne directe? La raison de douter est évidente: car si les droits *ab intestat*, font que l'on est saisi de ceux qui resultent du testament, il semble que le legataire ne doit estre saisi de son legs, qu'à proportion de ce qui luy pouvoit appartenir *ab intestat*, & pour telle part qu'il pouvoit succeder, comme dit expressément l'art. 259. de la Coutume de Tours, & cela principalement contre des coheritiers, à l'égard desquels il ne peut jamais estre legataire & heritier: ce qui semble devoir avoir lieu indistinctement, & à plus forte raison en ligne collaterale, où l'on voit qu'en fait de propres la qualité de legataire efface la qualité d'heritier: ensorte que des propres leguez à un heritier présomptif, sont acquests en sa personne.

J'estime, nonobstant cela, que l'heritier pré- 21. Qu'il est saisi du total.
somptif, qui est legataire universel ou particulier, est saisi de plein droit du total de ce qui luy a esté legué, quoique cela excede sa part hereditaire, & cela tant à l'égard de ses coheritiers, qu'au respect des étrangers, & tant en ligne collaterale, qu'en ligne directe. Et il ne faut point diviser le contenu en la disposition: car l'heritier présomptif, qui est legataire, est saisi de tout son legs, ou il n'est saisi de rien, & si l'on considere en ce cas les droits du fond, quoiqu'il s'agisse d'un legs, il est saisi de tout; sinon il doit demander délivrance de tout ce qui luy a esté legué.

C'est

C'est ainsi, pour se servir d'un exemple qui vient d'estre touché, que quand un heritier présomptif en directe est donataire de quelques propres, on ne limite pas la qualité de propres à la part qu'il auroit euë *ab intestat*, dans ces mêmes biens; mais le tout est propre, nonobstant la donation, & le tout est acquest en collaterale nonobstant la qualité d'anciens propres, & quoiqu'ils soient donnez à un heritier présomptif. Je dis donc sur ce fondement, que l'heritier présomptif est saisi de plein droit du total de ce qui luy a esté legué, & qu'il n'est point obligé d'en demander la délivrance à ses coheritiers, soit en ligne directe, soit en ligne collaterale; parce qu'en ce cas, la liberalité du testateur n'est autre chose qu'une extension des droits du sang: & si l'heritier renonce, c'est en acceptant son legs, dont la délivrance fait partie de sa renonciation: comme s'il se délivroit luy-même son legs. Nous évitons, en ce cas, un circuit d'actions & de formalitez, qui ne produiroit rien: & comme nous n'obligerions pas un legataire, lequel se trouveroit saisi fortuitement de la chose qui luy auroit esté leguée, de la remettre entre les mains de l'heritier, pour luy en demander ensuite la délivrance, suivant les Arrests rapportez par Monsieur Loüet, lettre S. nomb. 9. par lesquels des substituez ont esté maintenu en la possession qu'ils avoient prise de leur autorité privée dans les biens substituez, même contre des tiers détempteurs, aussi nous n'assujettissons pas l'heritier legataire, à demander en qualité de legataire la délivrance des choses dont il est saisi en qualité d'heritier, & sur lesquelles il a un droit indivis. Que si en plusieurs articles de nostre Jurisprudence le renonçant *aliquo dato*, est reputé heritier, ensorte qu'il fait part pour la supputation de la legitime ou du droit d'aînesse, pourquoy dans l'espece dont il s'agit, le renonçant ne sera-t-il pas reputé saisi? Et ne voit-on pas encore que quand un pere qui n'a que des acquests, a fait son fils aîné son legataire universel, non-seulement dans l'usage il ne demande aucune délivrance de son legs à ses puînez, mais même quand ils poursuivent contre luy leur legitime, il précompte comme heritier son droit d'aînesse dans les fiefs, & ne leur donne leur legitime que sur le surplus, en quoy il est tout ensemble un legataire universel, & un heritier saisi de son préciput.

Pour le legataire étranger, il est constant qu'il n'est point saisi, & qu'il doit recevoir son legs des mains de l'heritier ou du legataire universel ou de l'executeur testamentaire, *L. 1. ff. quorum legat.*

11. Coutumes qui en décident ainsi. Enfin, il y a plusieurs Coutumes dans le Royaume qui décident que l'heritier testamentaire est saisi, la Coutume de Bordeaux, art. 74. qui dit: *Item, le mort saisit le vif, en quelque maniere qu'il succede par testament ou sans testament*; celle du Duché de Bourgogne, tit. des Successions, art. 1. & 4. & celle du Comté, aussi titre des succession, art. 1. qui dit, *le mort saisit le vif son heritier testamentaire institué en testament solemnel ou nuncupatif*, celle de Berry, titre 19. article 28.

Quid à l'égard des substituez. A l'égard des substituez, ceux qui sont substituez vulgairement & dans le cas de la renonciation ou incapacité de l'heritier institué, sont des seconds heritiers, & doivent estre considerez comme de simples heritiers testamentaires, mais à l'égard de ceux qui sont appellez par une substitution fideicommissaire, je les croirois suffisamment saisis: pourvû qu'ils fussent les heritiers présomptifs du testateur, ou de l'heritier institué; car au premier cas, & quand ils estoient les heritiers présomptifs du testateur, ils ont les droits du sang qui les appelloit au premier rang, & ils tiennent la proprieté des biens substituez de la main du testateur, duquel tout le droit dérive; au second, & quand ils sont les heritiers présomptifs de l'heritier institué, il faut considerer qu'ils tiennent au moins de luy la possession des biens substituez, ce que Monsieur Tiraqueau en son Traité *le mort saisit le vif*, part. 2. declar. 10. nomb. 15. semble autoriser au cas de la substitution expresse, mais non de la tacite, qui dépend d'une simple présomption de volonté, à laquelle limitation je souscris.

Que si le substitué est étranger au testateur & à l'institué, en ce cas, il ne se peut dire saisi de plein droit, & doit demander la délivrance aux heritiers. ☞ Mais quand l'institution ou la substitution testamentaire n'est pas contestée par les heritiers du sang, je ne vois pas pourquoy on ne dira pas que l'heritier institué, quoiqu'étranger, est saisi, au respect des étrangers, puisqu'il est successeur de droit, & qu'il se doit prévaloir de la possession du défunt, qui semble continuée en sa personne, pour repousser le trouble qui luy est fait. Aussi on le juge ainsi au Parlement de Grenoble, au rapport de Papon livre 8. titre 6. article 6.]

La huitiéme question est de sçavoir si l'heritier conventionnel est saisi, ce qui est vray en plusieurs sens. Car 1. deslors que l'institution est faite, l'institué est saisi du droit d'estre heritier, lors du decés, supposé qu'il survive au donateur: parce qu'il est vray de dire, en ce sens, que son titre est une donation entre-vifs & irrevocable, où la tradition prévient le cas de la mort. 2. Il est encore vray, que l'institué se trouvant en état de succeder lors du decés du donateur, est saisi de plein droit. Aussi la Coutume de Bourbonnois article 219. établissant la validité & l'irrevocabilité de ces institutions, finit par ces termes, *& saisissent telles dispositions, les cas avenus, quand lesdites donations & dispositions sont faites par personnes habiles à contracter.* La Coutume d'Auvergne chapitre 14. article 26. dit la même chose, comme aussi la Coutume de Nivernois, titre des donations article 12. ce que j'estime devoir avoir lieu non seulement au profit du plus proche heritier, qui est ainsi institué par son contrat de mariage; mais encore d'un heritier mediat, comme d'un petit-fils, ou d'un neveu, & même au profit d'un étranger: ce qui est défini par cet article 219. de la Coutume de Bourbonnois. Enfin, cela a lieu soit que le donateur ait qualifié sa donation comme faite à cause de mort; soit qu'il l'ait qualifiée comme fait entre-vifs & irrevocable: parce que ce ne sont point les termes, mais la substance de l'acte, qui en déterminent la nature, *L. ubi ita 27. ff. de mort. caus. donat.* & deslors que l'institution contractuelle est faite par un contrat de mariage, elle est irrevocable de sa nature au profit des personnes mariées & de leurs descendans seulement: ce qui est défini par cet article 12. du titre des Donations de la Coutume de Nivernois, qui dit: *Donations universelles ou particulieres faites en contrat de mariage, en faveur des mariez, l'un d'eux, ou leurs descendans, soit entre-vifs, ou à cause de mort, posé qu'il y ait convention de succeder, sont bonnes & valables, tiennent & sont irrevocables, & saisissent, le cas avenant; sauf la legitime aux enfans, ausquels elle appartient.* Mais il ne faut pas dire, comme quelques-uns, que l'heritier contractuel est tellement saisi au moment même de l'institu- 13. Si l'heritier conventionnel est saisi.

tion, qu'il transmet indistinctement à tous ses heritiers; ce qui n'est pas veritable, comme il sera montré au Chapitre des Institutions Contractuelles.

24. Des adoptez & affiliez, & s'ils sont saisis.

Les affiliez ou adoptez dans les Coutumes où les affiliations sont en usage, ne sont point saisis regulierement, Labbé sur le titre 28. du titre des Successions de la Coutume de Berry. Mais Bechet en son usage de Xaintes dit, qu'il n'en est pas de même à l'égard de celuy qui est affilié par subrogation; par exemple, une fille ayant esté reçûë dans une autre famille à la place d'une autre fille, & à l'occasion d'un double mariage, & qu'en ce cas, il se fait une permutation pleine & absoluë, qui transfere toute sorte de droits aux copermutans.

25. Du legitimaire.

Enfin, l'heritier legitimaire est saisi, ce qui a esté établi livre 2. Chapitre 3. de la Legitime, sect. 2. ☞ Sa qualité de fils luy donne une continuation de possession jusqu'à concurrence de la legitime, qui fait qu'il est même saisi plus avantageusement, que non pas des heritiers collateraux ou des conjoints; suivant ce qui est dit en la Loy *in suis 11. ff. de lib. & post hered. instit. vel exh. In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi hi olim domini essent qui etiam vivo patre domini existimantur.*]

26. Si l'heritier se peut dire saisi du retranchemét de l'Edit des secondes nôces.

Pour examiner à present les effets de cette regle, & commencer par la recherche des choses, dont l'heritier est saisi, je demande si l'heritier se peut dire saisi de ce qui luy appartient en consequence du retranchement qui se fait en vertu de l'Edit des secondes nôces. La raison de douter est, que ce retranchement estant fondé sur la disposition précise de la Loy, il semble devoir augmenter les biens de la succession de la même maniere que les quatre quints des propres, dont le testateur avoit disposé contre la Coutume, & dont l'heritier est tellement saisi, qu'il en peut disposer, & que si le retranchement est à faire sur des donations entre-vifs, dans des Coutumes qui limitent la faculté de donner entre-vifs, le legitimaire doit épuiser ces quatre quints, avant que de s'adresser aux legataires & heritiers testamentaires: parce que la legitime se prend préalablement sur les biens extans, & dont le testateur n'a pas disposé, ou n'a pû disposer. A quoy l'on peut ajoûter que le retranchement, qui vient en vertu du second chef de l'Edit, fait des propres du côté de l'ascendant qui s'est remarié, suivant ce qui a esté expliqué liv. 2. chap. 6. de l'Edit des secondes nôces, sect. 2. dist. 2. nomb. 23.

27. Resolution pour la negative.

Il faut dire neanmoins, que les enfans ne sont point saisis de plein droit des biens qui leur sont dûs en vertu des deux chefs de l'Edit: parce que l'on n'est saisi que des biens qui sont dûs en qualité d'heritier: Or pour obtenir la réduction qui resulte du premier chef de l'Edit, il n'est point necessaire d'estre heritier, suivant la disposition de l'Authentique *Ha res C. de secund. nupt.* & ce retranchement n'oblige point les enfans au payement des dettes, & n'est point imputé sur leur legitime, quoique pour avoir ce même retranchement, il est necessaire de pouvoir estre heritier. Il en est de même à l'égard du second chef, suivant ce qui a esté expliqué liv. 2. chap. 6. sect. 2. dist. 2. nomb. 18. Et quand même celuy qui obtient ce retranchement est heritier, il a ce profit indépendamment de la succession; & c'est pour cela qu'un des enfans & heritiers, ne peut estre poursuivi hypotequairement, & pour le tout, sur ces mêmes biens, quoiqu'immobiliers, par un creancier posterieur à la donation, qui a souffert ce retranchement, mais seulement pour sa part & portion, comme sur des biens qui luy sont venus d'ailleurs.

Je demande en second lieu, si dans les Coutumes de double lien, le frere germain est saisi non seulement de sa part afferante, mais du total des biens, dans lesquels il donne l'exclusion au frere consanguin ou uterin? Car le droit du double lien n'estant point un droit commun dans le Royaume, & estant un privilege particulier établi par les Novelles 118. chap. 3. & 127. chap. 1. il semble que l'heritier ne doit point estre saisi de plein droit des avantages que luy produit ce privilege: Aussi ce même privilege n'efface pas la capacité & l'habilité du frere consanguin, ou uterin, qui demeure toûjours frere, & en égal degré, & semble devoir estre saisi d'abord: puisqu'il n'est exclus que par le moyen d'un droit singulier & d'un privilege. Car quelle vray-semblance y a-t-il qu'un neveu fils d'un frere germain soit saisi de plein droit au préjudice d'un frere consanguin ou uterin? — 28. Si en collaterale l'on est saisi de ce que produit le double lien.

Il faut dire nonobstant cela, que le germain est saisi de plein droit de tout ce que le double lien luy produit, c'est-à-dire, des meubles & acquests, de même qu'un fils aîné, de son droit d'aînesse, & un mâle, des fiefs en ligne collaterale, & les freres du renonçant de la part qui leur accroît, les heritiers du mari, de toute la communauté au moyen de la renonciation de la veuve, même des choses recelées par la veuve commune, au moyen de son indignité, & de la privation qui est prononcée contre elle, chacun estant reputé saisi, dés l'instant du decés, de tout ce qui luy est déferé par la Coutume, & de tout ce qui fait son partage dans l'évenement; aussi le double lien a son fondement dans la nature, & dans la présomption de la volonté du défunt, que l'on croit volontiers avoir eu une affection singuliere pour ses freres germains & pour leurs enfans. — 29. Resolution pour l'affirmative.

Il en est de même au cas de la dévolution des propres d'une ligne, dont il n'y a point d'heritiers. Car le plus proche heritier est saisi de plein droit de ces propres, quoiqu'il ne soit pas de la ligne, dautant que ce n'auroit pas esté par aucune incapacité qu'il auroit esté exclus, s'il y avoit eu des parens de la ligne de ces mêmes biens; mais par l'effet d'une preference que l'on a jugé à propos d'établir au profit des heritiers de la ligne, pour les biens de la même ligne, dont la cause cessant, quand il n'y a point d'heritier de la ligne, il arrive que par une espece de retour au droit commun, les plus proches sont les heritiers de ces propres; & cela d'une maniere du moins aussi naturelle, que les heritiers de la ligne qui n'y auroient esté le plus souvent appellez que par un privilege particulier. Car il a esté établi ailleurs, qu'à proprement parler, la dévolution, ou plûtost l'accroissement ne se fait pas d'une ligne à l'autre; mais de la ligne défaillante aux plus proches heritiers, qui sont heritiers de tous les biens par le droit commun. — 30. Si le plus proche heritier est saisi des propres qui luy viennent par dévolution d'une ligne à l'autre.

☞ Il s'est presenté une espece au Palais, où il semble d'abord que les regles qui viennent d'estre établies, que l'heritier est saisi du jour du decés, même avec effet retroactif: ensorte que celuy qui est une fois heritier, est censé l'avoir esté du moment du decés de tout ce qui luy est échû dans l'évenement, & que s'il vient à mourir, il transmet la succession à ses heritiers, souffrent quelque exception. Une mere estant heritiere présomptive d'un sien parent collateral, avant d'avoir pris qualité, fait une démission de biens au profit de son fils, qui se met en possession des biens de sa mere — 31. Si la succession simplement deferée est necessairement comprise dans la démission des biens.

en vertu de cette démission. Quelque temps aprés la mere se porte heritiere de ce parent collateral, & les creanciers de cette succession qui la considerent comme une personne insolvable au moyen de sa démission, agissent contre le fils, tant par action personnelle, qu'en declaration d'hypoteque. Cela produit deux questions, l'une de sçavoir si le fils démissionnaire de sa mere est censé heritier de ce parent collateral; l'autre, si pour le moins les biens de la mere n'ont pas passé en la personne du fils avec la charge des dettes de cette succession collaterale. A l'égard de la premiere,

Raisons des creanciers.

les creanciers disoient, que le fils estoit heritier de ce parent collateral : parce que cette succession estoit comprise dans la démission qui luy avoit esté faite par sa mere, le droit en estant acquis avant la démission & l'addition de la mere, quoique posterieure à sa démission, ayant un effet retroactif au jour du decés, & par consequent profitant au fils son démissionnaire, qui ne pouvoit pas diviser l'effet de la démission, estant obligé d'accepter les biens de cette succession collaterale avec les biens de la mere, ou de renoncer au tout : & par consequent estant obligé d'acquitter les charges de l'une & de l'autre succession, ce qui dépend de deux maximes, la premiere qui est en la Loy *1. ff. de adquir. vel ammit. hered.* qui dit, *qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte scindendo adire non potest :* La seconde qui est en la Loy 7. au §. dernier du même titre, & qui dit que *in omni successione, qui et heres extitit, qui Titio quoque videtur esse, nec potest Titii ommittere hereditatem.* Aussi il n'est pas extraordinaire en termes de Droit, que quelqu'un accepte une succession pour un autre, comme il se voit dans les Senatusconsultes Pegasien & Trebellien, *§. ergo in fine instit. de fideicom. hered.* & qu'il y puisse estre forcé, quoique le fruit de ces successions ne le regarde pas. Comme aussi il arrive quelquefois dans nostre Droit, que l'addition d'une succession faite par autruy, nous charge des dettes de la même succession : ce qui arrive quand du chef d'un mineur on accepte une succession mobiliaire, dont les dettes regardent tous les heritiers de ce mineur, même les heritiers des propres qui ne profitent point des meubles & acquests qui composent cette succession, ce qui se verifie pareillement lorsque les heritiers d'une femme acceptent sa communauté, à laquelle elle n'avoit pas renoncé de son vivant. En effet, le fils démissionnaire incontinent aprés la démission faite en sa faveur, pouvoit obliger sa mere d'accepter cette succession, ou s'en porter luy-même heritier *jure transmisso*, & sa mere ne luy pouvoit pas faire de contestation là-dessus : ainsi puisqu'elle s'est portée heritiere volontairement il en doit profiter, si bon luy semble, & est tenu des actions & des dettes de la succession.

A l'égard de la seconde question, les creanciers soûtiennent qu'en tout cas les biens de la mere dont elle a fait sa démission, sont affectez & hypotequez par le moyen de son acceptation de la succession qui a un effet retroactif au temps du decés.

Raisons pour le fils.

Le fils dit au contraire qu'il y a eu transmission en sa personne de la succession collaterale, ou il n'y a point eu de transmission : Au premier cas il est en état de renoncer, comme de fait il renonce à cette succession; au second cas il n'est point tenu des dettes de cette succession, car il n'y a pas d'apparence de dire que l'acceptation posterieure de la mere le rende heritier; puisque l'acceptation d'une succession doit dépendre de la volonté de l'heritier; & non de l'arbitrage d'autruy. Il n'y a rien en cette espece qui approche des Senatusconsultes Pegasien & Trebellien, qui estoient faits pour assurer l'execution des testamens au profit des fideicommissaires, en obligeant l'heritier institué de se porter heritier; or il n'est point besoin icy d'obliger la mere de se porter heritiere; parce que si le fils vouloit profiter de la succession, il n'auroit qu'à l'accepter comme faisant partie de la démission faite à son profit : mais ne voulant point de cette succession, il ne peut jamais estre obligé de l'accepter, ni tenu des dettes qui en dépendent.

Il y a encore moins d'apparence d'assujettir les biens de la mere qui ont passé au fils par le moyen de sa démission à ces dettes; puisque lors de sa démission, ils n'y estoient point affectez ni hypotequez, & que par consequent ils ont passé libres en la personne du fils. Aussi bien loin qu'il y ait hypoteque du jour du decés sur les biens de l'heritier pour les dettes de la succession; qu'au contraire cette hypoteque n'a pas même lieu du jour de l'addition, ou de l'acceptation de la succession, dont il ne resulte qu'une simple action personnelle, suivant la Loy *Paulus respondit ff. de pig. & hypot.* & nous avons établi dans nôtre Droit, que cette hypoteque ne resulte que du jugement qui declare le titre des creanciers executoire contre l'heritier. Enfin ces deux questions ont esté jugées conformément à nostre avis, en la Cause des creanciers de la Dame de Lessé, contre le sieur de Marescreux fils, par Arrest du 9. Aoust 1683. rapporté dans le Journal du Palais, Part. 9. pag. 24. & suivantes.]

On a aussi demandé si l'heritier est saisi des droits incorporels, comme d'une succession qui appartenoit au défunt d'une promesse, ou d'une obligation? Et il est évident qu'il en est saisi, & que la possession feinte & civile, que donne nôtre regle, s'applique encore plus aisément aux droits incorporels. 32. Si l'heritier est saisi des droits incorporels.

Enfin, l'on a demandé si l'heritier estoit saisi envers tout le monde indistinctement : par exemple, s'il estoit saisi au respect du Seigneur dominant d'un fief qui fait partie de la succession? Et il faut conclure pour la negative : ce qui est expressément decidé par l'article 141. de la Coutume de Clermont, qui établissant nostre regle, qu'elle dit même estre en usage par tout le Royaume, ajoute ces termes, *combien qu'en matiere feodale soit requis investiture pour estre saisi contre le Seigneur.* Et cela n'a pas lieu par la raison que quelques-uns ont alleguée, que la possession du défunt à l'égard des fiefs, n'estoit que naturelle, comme celle d'un usufruitier : car nos fiefs sont égalez au reste de nostre patrimoine : ni par cette autre raison que nostre regle est exorbitante du Droit commun, & que les établissemens contraires au Droit commun, n'ont pas lieu dans les fiefs, qui est la raison de Pontanus sur l'article 136. de la Coutume de Blois, pag. 24. Car nostre regle même est aujourd'huy un droit commun; mais la veritable raison est que la nature du fief resiste à nostre regle, le successeur & l'heritier du fief ne pouvant avoir la possession civile, au respect du Seigneur, suivant la Loy imposée lors de l'infeodation, qu'aprés en avoir esté investi : ainsi il peut bien avoir la possession civile; mais 33. Si l'heritier est saisi au respect du Seigneur dominant.

il la doit recevoir de son Seigneur, qui ne la luy peut refuser; ce qui est une condition que l'on a subrogée à l'ancien Droit, selon lequel tous les fiefs n'estoient possedez que par usufruit. C'est sur le même fondement que l'on dit, que l'Officier ne peut intenter complainte contre le Roy pour son Office. Mais l'heritier est saisi du fief, comme des autres biens au respect de tout autre, & quand nous disons même qu'il ne l'est pas au respect de son Seigneur dominant, cela s'entend par rapport à l'ouverture du fief, qui ne cesse point, non pas même par la prise de possession actuelle, jusques à ce que le vassal ait satisfait à la Coutume. Car au surplus, si le Seigneur sans une saisie préalable, & sans attendre le temps qui est donné au vassal, entroit en possession du fief, en ce cas le vassal seroit reputé saisi, & pourroit former complainte contre luy, sans que le Seigneur pût opposer pour fin de non recevoir, son domaine direct, ni prétendre sous ce pretexte estre saisi luy-même. Car il ne l'est que du domaine direct, qui luy donne lieu seulement de saisir, lors de l'ouverture du fief, dans les délais & avec les formalitez ordinaires; & non pas d'empêcher que son vassal ne prenne possession de son fief. Et c'est le sentiment de Pontanus au lieu qui vient d'être cité, ou il dit, que *hac consuetudo de patrimoniali hereditate disponens habet etiam locum in feudis, quod ad ipsos vassallos pertinet: vel ad succedendi actum, & adversus quoscumque, etiam contra dominum, seu patronum feudi impedientem quominus heres se se in feudo hereditario immisceat.* C'est aussi le sujet d'une Note de Maistre Charles du Molin sur cet article 141. de la Coutume de Clermont, qui vient d'estre cité, lequel article définissant, comme il vient d'estre dit, que le vassal n'est pas saisi contre son Seigneur, Maistre Charles du Molin dit là-dessus, *scilicet si & quando vult uti prehensione feudali ex defectu hominis: secus si privatus vel latro.* Ainsi quand on dit que le vassal ne peut pas intenter complainte contre son Seigneur, cela s'entend contre le Seigneur qui a saisi feodalement son fief; mais cela ne s'entend pas d'un Seigneur qui usurpe par voye de fait, & veut empêcher la juste possession de son vassal. Il se passe quelque chose de semblable dans les executions testamentaires, où l'heritier présomptif estant saisi, l'executeur que la Coutume saisit pareillement, ne peut pas neanmoins former complainte; mais obtient l'execution du testament par provision.

34. Des effets plus particuliers de nôtre regle, & premierement de la transmission.

Pour parler à present des effets les plus particuliers de nostre regle, il faut sçavoir que dans le Droit Romain celuy à qui il estoit échû une succession, ne la transmettoit point à son heritier, qu'il n'en eût pris possession; si ce n'estoit en ligne directe, où cette transmission avoit lieu en tous cas, *L. un. §. in novissimo. C. de cad. toll. L. un. C. de his qui ante apert. tab. decess.* Et cela avoit lieu également dans les successions *ab intestat*, & dans les testamentaires; parce que celuy-là seul avoit droit sur une succession, qui y estoit précisément appellé par la disposition de la Loy, ou par celle du testateur, au lieu que dans nostre Droit le plus proche heritier est saisi actuellement, sans prendre aucune possession: ce qui a lieu au cas même qu'il soit heritier institué, ou soit legataire: le tout en vertu de nostre regle, *le mort saisit le vif*, qui fait qu'en ce Royaume tous les heritiers sont *sui heredes*, & cette regle est si absoluë, qu'il n'est pas au pouvoir du testateur d'y déroger, ni de faire qu'un étranger soit saisi de plein droit en vertu d'un legs, ni d'une donation pour cause de mort, au préjudice de l'heritier présomptif, selon la Loy *Pacta quæ contra leges C. de pactis*, & Monsieur d'Argentré sur l'article 509. gl. 3. nomb. 4. C'est aussi la disposition de la Coutume de Poitou, qui dit, en l'article 273. *L'on ne peut faire par testament ou legs, quelque peine qui y soit apposée, que l'heritier ne soit saisi des choses que le défunt tenoit & exploitoit au temps de son trépas, &c.*

En second lieu, nostre regle donne à l'heritier la plûpart des interdits possessoires qui avoient lieu dans le Droit Romain, l'interdit, *retinendæ possessionis*, qui s'appelloit *uti possidetis*, dans lequel nous concluons, comme on faisoit dans le Droit, à être maintenus & gardez en la possession & joüissance, & l'interdit *recuperandæ possessionis*, dans lequel nous concluons à estre réintegrez en la possession; mais nous n'avons point d'interdits possessoires pour acquerir la possession des biens d'une succession, tel que celuy qui s'appelloit chez les Romains, *quorum bonorum*; parce que nostre regle nous épargne cet interdit, & même en general nous n'avons point en France d'interdits pour acquerir la possession, qui s'appelloient en Droit *adipiscendæ possessionis*, mais seulement l'interdit pour estre réintegré. Voilà nostre Droit, ce que l'on confond ordinairement dans la complainte en cas de saisine & de nouvelleté, comme observe Faber sur le §. *retinendæ instit. de interd.* 35. Des interdits possessoires.

Il faut remarquer neanmoins que si l'heritier souffre la possession d'un tiers pendant l'an & jour, il ne sera plus reputé saisi à l'effet de pouvoir former complainte: c'est la décision de plusieurs de nos Coutumes, & entr'autres de celle d'Anjou article 272. qui excepte de cette regle les femmes mariées & les mineurs, & sur lequel Maistre Charles du Molin a usé de cette distinction, & a dit, que la Coutume se devoit entendre au cas que ce fût un étranger, ou l'heritier d'une autre ligne, qui eût pris possession, & non au cas que ce fût un veritable coheritier, dont la possession n'empêche que l'on ne soit saisi, & que l'on ne puisse former complainte, *Intellige de extraneo vel herede alterius lineæ: secus de consorte ejusdem lineæ & vero coherede, quia coheres non censetur turbare, sed jure communi uti, L. duos fratres & ibi Bald. ff. de adquir. vel amit. hered. & possessio unius conservat possessionem alterius. Paul. cons. 54. lib. 1. ad hoc L. merito ff. pro socio.* Mais cette Note même est sujette à quelque explication: car le coheritier conserve les droits, quand il joüit au nom de son coheritier ou pour tous les heritiers; mais souvent il prétend joüir en son propre & privé nom, & prescrit la part de son coheritier, ce qui luy est permis si les Coutumes n'en disposent autrement: comme celle de Bordeaux art. 80. & les autres qui seront rapportées liv. 4. chap. des partages.

En troisiéme lieu, je demande si nostre regle se peut retorquer contre l'heritier, & si des creanciers de la succession peuvent soutenir, que sans prendre possession il est saisi de plein droit des effets, & obligé de payer les dettes? Monsieur Tiraqueau conclut pour la negative, part. 7. declar. 1. nomb. 1. & Monsieur d'Argentré pour l'affirmative, art. 509. gl. 3. nomb. 3. & il est aisé neanmoins de les accorder: car si quelqu'un se declare heritier ou fait acte d'heritier, il est saisi & obligé aux dettes, & c'est où vont les argumens de Monsieur d'Argentré; mais avant que de se rendre heritier, ou par une acceptation précise, ou par quelque autre acte d'heritier, on n'est point saisi passivement, pour se servir des termes de ces Auteurs; c'est-à-dire, que l'on n'est 36 Si nôtre regle se peut retorquer contre l'heritier.

point reputé heritier, ni obligé aux dettes, & c'est ce que Monsieur Tiraqueau établit en cet endroit. Ensorte que le seul cas où cette regle se peut retorquer contre l'heritier, est que quand on le trouve en possession de quelques biens, qui avoient appartenu au défunt, on le peut obliger de montrer son titre, à faute de quoy, comme il a esté saisi par la Coutume, il est presumé posseder la

37. De la maxime qui dit, que s'est heritier qui ne veut.

chose à titre d'heritier, *L. 1. & 2. C. de repud. & abstin. hered.* C'est ici que vient une autre maxime, qui a extrêmement d'affinité avec la nostre, & qui dit, *il ne se porte heritier qui ne veut*, laquelle signifie deux choses: la 1. que dans nostre Droit nous n'avons point d'heritiers necessaires. Et il est vray de dire, à l'égard de toute sorte d'heritiers, ce que la Loy *19. C. de jure delib.* dit des heritiers étrangers, *nemo hereditatem adire compellitur.* Ce qui est précisément declaré par quelques-unes de nos Coutumes, comme celle de Paris article 316. & celle de saint Quentin qui dit en l'article 51. *par ladite Coutume il n'est point d'heritier necessaire. Car il ne se porte heritier d'autruy qui ne veut.* A quoy est conforme l'article 81. de la Coutume de Boulenois. Ensorte que si par l'Edit de Roussillon les heritiers des Financiers ne se peuvent dire heritiers beneficiaires; mais doivent accepter la succession purement & simplement. C'est au cas qu'ils se veüillent porter heritiers; mais ils ont la faculté, comme les autres, de renoncer à la succession: Que si des creanciers empêchent dans nôtre usage que leur debiteur ne renonce à une succession qui luy est échûë, c'est par la voye de la fraude: parce que nous étendons jusque-là le titre *Quæ in fraudem creditorum*, la Coutume de Normandie permettant en l'article 277. aux creanciers de se faire subroger aux droits de leur debiteur, & décidant que si les dettes de l'heritier acquittées, il reste des biens, ils appartiendront à l'heritier, qui suit immediatement le renonçant, & qui doit venir aprés luy à la succession.

La seconde chose que signifie cette maxime, *il n'est heritier qui ne veut*, est qu'il ne faut point d'acte de renonciation, pour n'estre point heritier; mais qu'il suffit de n'avoir pas accepté précisément & de n'avoir pas fait d'acte d'heritier. Ce qui a lieu tant en ligne directe qu'en ligne collaterale: car l'on n'a pas droit de dire contre un fils, *filius ergo heres*, ni de conclure qu'il est heritier, parce qu'il n'a pas renoncé. Encore un coup, c'est un abus que cela, qui n'a jamais eu cours que chez ceux qui ignoroient les veritables principes de nostre Jurisprudence, qui sont, qu'il faut avoir accepté ou s'estre immiscé, pour estre declaré heritier, & qu'autrement le simple défaut d'une renonciation ne fait point un heritier, en quelque ligne que ce soit, comme il a esté jugé pour la directe même par Arrest du 8. Fevrier 1590. qui est un des Arrestez de la cinquiéme Chambre des Enquestes. Il n'y a qu'une ou deux Coutumes qui soient contraires à cela, celle d'Auvergne, chap. 12. art. 54. où elle dit, *aucun n'est recevable de soy dire n'estre heritier d'aucun, s'il ne repudie & renonce expressément à sa succession*, & celle de la Marche art. 256. Mais outre que la plûpart des autres posent cette maxime indéfiniment, *qu'il n'est heritier qui ne veut*, il y en a même qui dispensent formellement l'heritier presomptif, de faire aucun acte de renonciation, quand il ne se veut pas porter heritier, comme la Coutume de Poitou, qui dit en l'art. 278. *Nul n'est heritier qui ne veut, & n'est tenu de renoncer ni faire autre declaration, s'il n'estoit ajourné pour declarer s'il se veut porter heritier, ou non, auquel cas sera tenu accepter ou repudier l'heredité.* Mais cette exception qui est à la fin de cet article a lieu par tout: d'où vient que dans la Coutume de Bourbonnois, & plusieurs autres, il est fait mention de l'heritier par contumace: c'est-à-dire, de celuy qui en estant poursuivi, a refusé de declarer s'il estoit heritier ou non, & qui a esté declaré heritier par défaut.

En quatriéme lieu, ceux qui se trouvent heritier au temps du decés, excluent tous ceux qui ne sont pas encore nez en ce temps, & qui estant nez plustost auroient pû estre heritiers, & cela tant en ligne directe, comme nous avons établi au liv. 1. chap 3. qu'en ligne collaterale; c'est pourquoy l'on a jugé au Parlement de Normandie, comme le rapporte Berault, sur l'article 235. de la Coutume, que des sœurs déja nées lors de la succession échûë de leur frere germain, n'en pouvoient estre excluses par un frere consanguin né d'un second mariage, depuis la mort du frere, & le haro des sœurs fut confirmé. 38. Que l'heritier né exclut ceux à naître. Renvoy.

Ce que nous venons de dire au nomb. 36. marque assez la liaison qu'il y a entre la regle *le mort saisit le vif*, & la matiere du droit de déliberer & de l'acceptation des successions. Les Loix n'avoient pas établi le droit de déliberer pour toute sorte d'heritiers, les esclaves qui estoient instituez heritiers, n'avoient pas ce droit, parce qu'ils estoient heritiers necessaires, & devenoient libres à ce prix au moment de la mort du défunt, sans qu'il leur fust permis de renoncer, & sans avoir besoin d'accepter la succession, suivant la Loy *Necessariis 54. §. ult. ff. de adquir. vel amit. hered.* 39. Du droit de déliberer.

De même, les enfans qui estoient sous la puissance du défunt, estoient aussi heritiers necessaires dans le temps même, qu'ils ne sçavoient pas encore que la succession leur fust déferée, & n'avoient pas besoin de l'accepter; parce que les Loix ne leur permettoient pas d'y renoncer: mais ils trouvoient ce secours dans l'office du Preteur, qui leur permettoit l'équipollant, en leur laissant la faculté de s'abstenir.

Les autres heritiers & les étrangers avoient la liberté d'accepter, ou de renoncer, & l'acceptation se faisoit de deux manieres devant le Magistrat, & cette acceptation solemnelle s'appelloit *addition d'heredité:* comme aussi en faisant acte d'heritier, ce qui s'appelloit *pro herede gestio*, à l'égard des étrangers, & *immixtio* à l'égard des enfans; parce que quand les enfans s'estoient une fois immiscez, ils n'avoient plus le benefice du Preteur.

Cela présupposé, il faut remarquer qu'il y avoit de la difference dans le Droit entre une succession, qui estoit déferée purement & simplement, & une qui estoit acceptée, parce que celle qui estoit simplement déferée à l'heritier, ne luy estoit pas encore acquise, & il ne l'acqueroit que par l'acceptation: c'est pourquoy s'il venoit à deceder luy-même avant que de l'avoir acceptée, il ne la transmettoit pas à ses heritiers, & non pas même le droit de se porter heritiers en sa place: tant la chose étoit précisément attachée à la personne du plus proche heritier, que la disposition de la Loy regardoit seule: ce qui recevoit neanmoins plusieurs exceptions, par exemple, à l'égard d'une succession échûë à un enfant au-dessous de sept ans, suivant la Loy *Si infanti C. de jure delib.* car le droit en estoit transmis au pere seulement. En second lieu, il y avoit transmission quand l'heritier decedoit dans l'an de déliberer, suivant la Loy *Cum in antiquioribus*, du même titre au Code 3. en directe, l'on transmettoit en tous 40. De l'acceptation des successions, & de la transmission.

temps une succession à ses descendans, aux termes de la Loy unique *C. de his qui ante apertas tab. decess.*

41. Des délais de déliberer. Tellement que les enfans, même ceux qui estoient en la puissance pouvant s'abstenir, comme aussi les émancipez estant obligez d'accepter ou de renoncer, & à plus forte raison tous les autres heritiers, pour leur donner lieu de se déterminer à propos, l'on inventa le droit de deliberer, lequel n'a point de terme certain; si ce n'est que les creanciers obligent le Magistrat d'en donner; & jusque-là qui n'a pas renoncé, peut se porter heritier. Mais sur la poursuite des creanciers, le Magistrat estoit obligé de fixer le délay de deliberer, qui ne fût pas moindre que de cent jours, suivant la Loy *2. ff. de jure delib.* & qui ne pouvoit pas estre plus long que d'un an, suivant la Loy derniere du même titre au Code, & cela à l'égard des étrangers; mais qui estoit toûjours d'un an pour la ligne directe.

Nostre regle *le mort saisit le vif*, assure parmy nous le droit de transmission, au profit de toute sorte d'heritiers: car la transmission est égale dans les deux lignes directe & collaterale. L'on peut aussi se porter heritier pendant trente ans. Si ce n'est que les coheritiers, les legataires, ou les creanciers de la succession obligent l'heritier de prendre qualité, auquel cas l'Ordonnance luy donne quarante jours aprés l'inventaire, pour la confection duquel il a aussi trois mois de délay. ☞ Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris, §. 7. n. 2. observe que le delay de quarante jours, est d'un usage universel de ce Royaume.]

Pour sçavoir à present si le fils étant mort sans s'estre porté heritier de l'ayeul, & sans avoir renoncé à sa succession, le petit-fils qui renonce à la succession de son pere fils de l'ayeul, peut se dire heritier mediat ou immediat de l'ayeul, il faut voir livre 1. chapitre 4. sect. 6. distinct. 1. nomb. 25. Enfin, pour regler quels sont les actes par lesquels on est reputé s'estre porté heritier, & aprés lesquels l'on n'est plus reçû à renoncer, il faut voir livre 3. chapitre 8. des renonciations, section 2.

42. De l'acceptation de mineur. Les mineurs ne peuvent pas accepter de leur chef une succession, ni par une acceptation précise, ni en faisant acte d'heritiers: non plus qu'ils ne peuvent pas y renoncer valablement, & ils sont relevez & de leur acceptation & de leur renonciation, *L. 1. & 5. C. si minor. se ab hered.* L'usage en ces rencontres est de prendre des Lettres contre l'addition d'heredité ou la renonciation, & contre tous les actes approbatifs. Ce qui épargne souvent un long circuit de procedures; parce qu'il y a des actes approbatifs de toute nature, & qui sont quelquefois des préjugez. Enfin, on les releve même de l'acceptation ou de la renonciation qu'ils ont faite sous l'autorité de leur tuteur; & en ce cas, la Loy derniere *ff. de administr. tut.* & les Loix 1. & 4. *ff. Quando ex facto tutoris*, décident, que pour la restitution de ce que le tuteur a touché de la succession, il leur suffit de ceder leurs actions contre luy. ☞ Mais comme le pupille est tenu du fait du Tuteur, cela n'a lieu que quand le Tuteur est insolvable, ce qui resulte de ces mêmes Loix:] Ainsi il n'y a rien de plus fragile que les consentemens que l'on prête là-dessus pour des mineurs, & pour sçavoir quand ils ne sont pas recevables à se faire relever de leur acceptation, il faut voir en ce même livre le chapitre 8. des renonciations, section 2. & au livre 4. le chapitre du payement des dettes, sect. 2.

43. Si l'on entretient ce qui s'est fait pendant l'addition du tuteur. Quoique regulierement dans les restitutions l'on doive entretenir ce qui s'est fait de bonne foy; neanmoins si depuis que le tuteur s'est porté heritier pour son mineur, l'on a decreté sur luy des heritages sujets au doüaire, & que le mineur vienne à se faire relever de cette addition d'heredité, il faut par une consequence necessaire donner atteinte au decret; tant parce que c'est une suite de la restitution, qu'à cause que si le contraire avoit lieu, le tuteur pourroit par une voye sûre priver son pupille de son doüaire, par intelligence avec l'adjudicataire & les creanciers.

44. De l'acceptation des majeurs & de leur restitution. A l'égard des majeurs pour sçavoir quand ils font acte d'heritiers, il faut voir cy-dessous le chapitre des renonciations, section 2. Au reste ils ne doivent gueres estre relevez contre une acceptation de succession; parce qu'outre qu'elle est volontaire, elle est toûjours à l'avantage des creanciers. *L. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered. L. nec emere 16. C. de jure delib.* C'est pourquoy l'on observe à la rigueur la regle établie en la Loy *Ei qui solvendo ff. de petit. hered. Qui semel heres est, numquam desinit esse heres*, & on considere leur acceptation comme un contrat qu'ils ont fait avec les creanciers, & avec le public, & comme un forfait sur un évenement incertain. Il n'est pourtant pas impossible qu'il y ait des causes de restitutions, & supposé que l'heritier ait fait faire un fidele inventaire, & qu'il soit survenu une foule de creanciers imprévûs, qui attendoient peut-estre une acceptation de la succession, pour expliquer leurs creances. Enfin, toutes les fois qu'il y auroit eu du dol & de la fraude de la part de ceux qui auroient eu interest qu'il y eust un heritier, *L. si quis affirmaverit ff. de dolo*, *L. qui nondum certus C. de hered. vel actione vendita.*

L'on a même esté plus avant, car l'on s'est quelquefois contenté de trouver beaucoup de bonne foy dans la personne de l'heritier, & des évenemens imprévûs, qui ayent changé la face des choses & rendu la succession insolvable, comme dans l'espece d'un Arrest du 24. Juillet 1635. rapporté par Henrys tom. 1. livre 4. chap. 1. qu. 2. dans laquelle Damoiselle Hilaire de Levy veuve de Jacques Perrin, ayant accepté purement & simplement l'institution faite à son profit par Jean Perrin son fils, & s'estant contentée de faire un inventaire des titres & papiers, sans y comprendre les meubles de la succession. Enfin, étant arrivé depuis que par Arrest du 7. Septembre 1632. l'on declara une substitution ouverte au profit d'une sœur, & ce Jean Perrin fut reduit à sa legitime qui fut fixée par le même Arrest à la somme de 3000. livres, ce qui rendoit sa succession insolvable, la Cour enterina les Lettres de récision obtenuës par la mere contre son acceptation, & la condamna à tenir compte des meubles, suivant le serment des creanciers, auquel foy seroit ajoûtée jusques à la concurrence de la somme de 3000. liv. joint la commune renommée. Il y a un Arrest semblable dans la suite de Boniface tom. 3. liv. 1. titre 25. chapitre 1.

☞ On a aussi rejetté la pensée de quelques-uns, qui disoient qu'une femme qui se portoit heritiere d'une succession oberée, s'obligeant par-là aux dettes du défunt, faisoit une espece de cautionnement & devoit estre relevée par le Velleïen: On a consideré que son intention n'estoit pas de cautionner, mais d'acquerir, & qu'elle se portoit heritiere pour se profiter à elle-même, non pour payer les dettes du défunt. C'est pourquoy on a suivy la Loy *si mulier 32. ff. ad Velleian*, qui luy refuse en ce cas le secours du Senatusconsulte.]

45. De la restitution La renonciation des majeurs est plus aisée à détruire; parce que la restitution en est toûjours

contre la renonciation des majeurs.

à l'avantage des creanciers, & nous expliquerons au chapitre 8. des renonciations, sect. 2. en quels cas cette restitution a lieu. Il faut seulement observer avec Bartole sur la Loy 2. *C. de juris & facti ignor.* qu'il n'y a point de restitution pour les majeurs contre la renonciation qui resulte du laps du temps qui s'est écoulé depuis la mort du défunt : Enfin, que la Loy *Sum heres 3. C. de repud. vel abst. hered.* qui relevoit de plein droit l'heritier en directe, lequel s'estoit abstenu, & revenoit dans les trois ans, ne doit point avoir lieu parmy nous ; ce qui sera établi au même endroit. Comme aussi il est certain, que ce qui s'est fait pendant la renonciation des majeurs par l'heritier apparent, subsiste aprés leur restitution, suivant la Loy derniere *C. de repud. hered.* qui s'observe en France à cet égard. Le reste se trouvera dans le même chap. des renonc. sect. 2.

CHAPITRE II.

Des Institutions contractuelles.

SOMMAIRE.

1. *Origine & progrés des institutions contractuelles.*
2. *Diverses dispositions de Droit qui ont semblé les autoriser.*
3. *Veritable fondement de nos institutions contractuelles.*
4. *Coutumes qui les rejettent.*
5. *Que les Parlemens de Droit écrit les reçoivent.*
6. *Si l'institution contractuelle est une donation entre-vifs ou testamentaire.*
7. *Qu'elle est principalement une donation entre-vifs.*
8. *Que cette institution n'est point sujette aux reserves établies pour les dispositions testamentaires.*
9. *Qu'elle doit estre dans un contrat de mariage.*
10. *Coutumes qui admettent une espece d'institution contractuelle hors contrat de mariage.*
11. *Si l'institution peut estre faite aprés le mariariage.*
12. *Qu'elle doit estre faite en faveur des mariez, ou de leurs descendans.*
13. *Exception à l'égard d'une institution, à la charge d'associer les freres & sœurs.*
14. *Promesse d'égaler la fille mariée, n'empêche pas qu'on ne luy donne une seconde fois.*
Espece particuliere.
15. *Que les institutions ne doivent pas blesser la legitime.*
16. *Si l'acceptation & l'insinuation sont necessaires dans ces institutions.*
17. *Si elles se peuvent revoquer par des revocations précises ou par la vente des biens.*
18. *Qu'elles n'empêchent pas d'aliener ni de donner entre-vifs, ni de faire de petits legs.*
19. *Que cette faculté qu'a le donateur n'empêche point la tradition de Droit.*
20. *Difference entre les institutions contractuelles, & les donations des biens presens & à venir.*
21. *Autorité de Maistre Charles du Molin.*
22. *Coutumes, où l'on ne peut rien faire au préjudice de l'institution contractuelle.*
23. *Exception dans ces Coutumes même.*
24. *Des reserves dans l'institution.*
25. *S'il y a quelque regle pour sçavoir si les alienations posterieures sont en fraude de l'institution contractuelle.*
26. Quid *si un pere aprés avoir institué son aîné, donne aux puînez au delà de leur part afferante.*
Arrest de Charlet.
27. Quid *s'il substitue* ex post facto, *les propres enfans de l'institué.*
28. Quid *si l'institué preste son consentement.*
29. *Si la Loy* Si unquam C. de revoc. donat. *a lieu au préjudice de l'institution contractuelle.*
30. Quid *si l'institution est faite par un étranger.*
31. *Discussion d'une Note de Maistre Charles du Molin.*
32. *Que les Coutumes qui exemptent ces institutions de la Loy* Si unquam, *exceptent celles faites en des contrats de societé.*
33. *Si l'institution contractuelle se transmet.*
34. *Que ce n'est pas une veritable transmission.*
35. *Qu'il faut dire seulement que les enfans de l'institué sont appellez sur le fondement de la volonté.*
36. *Qu'ils viennent même dans les Coutumes qui n'admettent aucune representation.*
37. *Si l'institué qui prédecede faisant un fils son legataire universel, celuy-cy profite de l'institution, ou si tous les enfans ensemble en doivent profiter.*
38. *Recapitulation.*
39. *Si l'heritier contractuel peut renoncer.*
40. *Exception remarquable.*
41. *Si l'heritier contractuel qui n'a point fait inventaire, est tenu* ultra vires.
Raisons pour la negative.
Raisons pour l'affirmative.
42. *Reflexion sur diverses qualitez de nostre institution.*
43. *Si un pere ayant fait une institution contractuelle au profit de son fils aîné, à la charge de restituer à ses freres & sœurs leurs parts & portions, l'aîné a droit de retenir son droit d'aînesse.*
44. *Si la promesse d'instituer heritier faite dans un contrat de mariage, vaut institution.*
45. *Des substitutions contractuelles.*
46. *Si les substitutions contractuelles ont lieu dans les Coutumes qui défendent les testamentaires.*

1. Origine & progrés des institutions contractuelles.

LA faveur des contrats de mariage estant aussi grande parmy nous que celle des testamens chez les Romains ; & la regle generale de nostre Droit estant, que toutes les clauses qui n'offensent point les bonnes mœurs, peuvent entrer dans ces sortes de contrats, nous y avons admis les in-

stitutions contractuelles, qui semblent oster ou reduire la faculté de tester, & qui ne sont pas moins contraires à l'esprit, qu'aux décisions formelles de la Loy Romaine. Car la Loy *Pactum quod dotali C. de pact.* reprouve un pact apposé dans un contrat de mariage, par lequel l'on assuroit à une fille une portion égale à celles de ses freres dans la succession future de son pere. De même la Loy *Hereditas 5. C. de pact. convent.* condamne une clause d'un contrat de mariage, par laquelle le mari devoit succeder à sa femme. C'étoit sur le même fondement que nos renonciations à successions futures n'estoient point d'usage chez les Romains. Enfin, ils rejettoient par les mêmes principes nos donations de biens presens & à venir. Cependant le Droit s'estant relâché dans des circonstances particulieres, nous a indiqué que les institutions contractuelles n'étoient pas toûjours à rejetter, jusqu'à ce que nous nous soyons accoûtumez à ces sortes d'institutions, dont nous avons fait dans la suite un Droit commun.

2. Diverses dispositions de Droit qui ont semblé les autoriser.

Ainsi un particulier ayant pris l'enfant d'un autre en adoption, avec promesse de le traiter comme son propre enfant, sous peine de luy devoir une certaine somme, & néanmoins ne luy ayant rien laissé en mourant, le Jurisconsulte Paulus en la Loy *Quidam 132. ff. de verb. obligat.* resout que la stipulation doit avoir son effet, & que la peine est deuë au pere naturel. De même, l'Empereur Leon ordonna en sa Novelle 19. que quand on auroit promis en mariant son fils ou sa fille, de luy conserver une part égale aux autres enfans, il ne seroit pas permis de déroger à cette paction, ce qui est contraire à la Loy *Pactum quod dotali C. de pactis:* car voicy les termes de cette Novelle: *Statuimus ut parentum nemo jura filiorum quibuscum reliquis liberis aqualem portionem servatum iri in nuptialibus cont actibus spoponderit, innovare tentet.* Mais l'on voit que ces exceptions avoient toutes des causes fort favorables.

Pour nous, nous avons jugé à propos d'admettre les institutions contractuelles, quand même elles ne sont pas appuyées de la faveur de l'égalité. Jusque-là même que nous avons permis aux peres de faire renoncer les filles encore mineures, à leurs successions futures, moyennant le moindre prix & la moindre recompense, pourvû que ce fût dans leur contrat de mariage. Nous avons aussi introduit les rappels qui sont des especes d'institutions contractuelles. Enfin, nous avons admis les donations des biens presens & à venir dans toute sorte de contrats. Et l'on ne s'étonnera pas de cela, si l'on considere que nous avons bien reçû les hypoteques des biens presens & à venir conformément au Droit Romain, qui décide en la Loy derniere *C. quæ res pignori*, que l'hypoteque generale comprend les biens à venir: puisqu'il est certain qu'il faut plus de droit à la chose pour y constituer une hypoteque, que pour en disposer à titre gratuit, *L. rem alienam ff. de pignorat. act.* Mais pour revenir à nos institutions contractuelles, elles ont aussi leur fondement dans les usages des fiefs, où l'on voit liv. 2. chap. *de filiis natis ex matrim. ad morgan. contr.* qu'à Milan, lorsque l'on contractoit cette espece de mariage, que l'on appelloit *ad morganaticam*, dans lequel celuy qui descendoit à de secondes nôces moins avantageuses que son premier mariage, stipuloit que la seconde femme & ses enfans n'auroient pour tous droits, qu'une certaine somme d'argent, l'on appelloit cela *se marier selon la Loy Salique:* & voilà l'origine de nos institutions contractuelles, & de nos renonciations à successions futures, selon Monsieur Cujas, liv. 4. des Fiefs, tit. 32. Ensorte, que les exceptions du Droit Romain, dont nous venons de parler, ne nous ont servi que d'exemple, la source de ce Droit estant chez nous-même: il y a neanmoins quelqu'une de nos Coutumes, qui s'attachant en cela avec excés à la disposition du Droit écrit, a rejetté ces institutions; comme la Coutume de Berry, tit. des mar. art. 5. & 6. où elle condamne les institutions universelles faites par contrat de mariage des biens presens & à venir, & n'admet que les donations particulieres.

3. Veritable fondement de nos institutions contractuelles.

4. Coutumes qui les rejettent.

D'autre côté les Parlemens de Droit écrit, considerant l'avantage que l'on recevoit de ces sortes d'institutions, les ont admises contre les termes de la Loy, comme il se lit dans Monsieur Maynard, tome premier, liv. 5. chap. 90. & dans Maître Antoine Mornac, sur la Loy *Pactum 15. C. de pactis:* Ensorte, que n'y ayant que quelque Coutume solitaire qui les rejette, il est vray de dire, qu'elles sont un Droit commun en ce Royaume. Aussi sont-elles approuvées par l'art. 59. de l'Ordonnance d'Orleans, & le 57. de celle de Moulins, qui reçoivent les substitutions faites par contrat de mariage, qui sont de secondes institutions contractuelles.

5. Que les Parlemens de Droit écrit les reçoivent.

Pour entrer à present en matiere, il faut examiner la nature, les conditions, & les effets de ces institutions. Et je demande, pour en connoître la nature, si elles sont des donations pour cause de mort: puisque celuy qui les fait songe necessairement à la mort, & ne craint rien tant que le moment auquel elles doivent avoir effet: sa principale pensée est de proroger sa joüissance, & de reculer celle de l'heritier qu'il institue, *se cogitat atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult.* D'ailleurs, elles comprennent l'avenir, & elles n'ostent point la faculté de disposer. Ainsi la tradition de Droit ne s'y trouve pas, qui est le principal caractere de la donation entre-vifs, suivant la Loy *Ubi ita 27. ff. de mort. causa donat.* C'est pourquoy plusieurs ont estimé que des institutions ne sont point sujettes à estre insinuées, & c'est l'avis de Maistre Jean Marie Ricard, part. 1. nomb. 556.

6. Si l'institution contractuelle est donation entre-vifs ou testamentaire.

Il faut dire neanmoins, que les institutions contractuelles sont donations entre-vifs, non seulement, parce qu'elles ne peuvent estre faites que dans des contrats de mariage; mais principalement à cause qu'elles sont irrevocables, en tant que celuy qui a fait une institution contractuelle, ne peut pas en faire une seconde, ni déroger à l'institution par des actes qui n'ayent leur effet qu'aprés sa mort: Or c'est une maxime, qu'un acte qui participe de deux diverses nature, doit estre reputé de celle dont il tient le plus: & on décide cela dans le Droit, comme on dit que dans la nature celuy qui a deux sexes doit suivre celuy des deux qui prévaut chez luy, *L. quæritur 5. ff. de statu hominum*; & comme on dit ailleurs, qu'un testateur ayant legué entre ses esclaves un Peintre & un Sculpteur, l'on doit donner au legataire ceux des esclaves, en qui ces arts prédominent, suivant la Loy *Legatis servis 9. si unus de legat. 3.* Or il est certain que l'institution contractuelle approche beaucoup plus de la donation entre-vifs, à cause de son irrevocabilité, qui sera établie dans la suite, comme un de ses principaux effets. Enfin, l'on peut appliquer icy la Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 95. de la Coutume de Paris, où il dit, que la faculté qu'a celuy qui a donné ses meubles & conquests presens & à venir, d'en pouvoir donner entre-vifs, & d'épuiser ainsi la donation, n'empêche pas que sa donation universelle

7. Qu'elle est principalement une donation entre-vifs.

universelle ne soit reputée entre-vifs : *Quia satis est*, dit-il, *quod sub conditione possit afferre commodum*. Quoiqu'il faut estre averti qu'en beaucoup d'endroits on considere necessairement les institutions contractuelles comme donations à cause de mort, ainsi qu'il sera établi dans la suite.

Il faut observer encore, que quoique le titre de l'institution soit une donation entre-vifs, l'effet de la même institution, est de faire un veritable heritier *ab intestat*, lequel même, quand il neglige de faire inventaire, est tenu *ultra vires*, comme il sera expliqué. Ainsi c'est une donation entre-vifs, qui se termine à une succession *ab intestat*, & l'institué est donataire du titre d'heritier, suivant ce qui est dit en la Loy *Si tibi 17. ff. de pactis §. pactum 5.* que quelquefois on assure une succession par une donation, *Si per donationem successio facta sit*.

8\. Que cette institution n'est point sujette aux reserves établies pour les dispositions testamentaires.

Il faut conclure de ce qui vient d'estre dit, que l'institution contractuelle n'est point reductible au quint, ou à telle autre quotité des propres, ou des autres biens, dont les Coutumes permettent de disposer par testament, & qu'elle n'a point d'autres bornes ni d'autres limites, que les donations entre-vifs. Mais c'est anticiper sur la matiere des effets de ces institutions, & il faut parler auparavant de leurs conditions.

9\. Qu'elle doit estre dans un contrat de mariage.

La premiere condition de ces institutions est, qu'elles soient faites dans des contrats de mariage; parceque l'institution d'heritier n'estant point de nostre Droit coutumier, & l'institution contractuelle estant contre le Droit, on ne l'a admise que par la faveur extrême des contrats de mariage, la Coutume de Bourbonnois, art. 219. & 225. & celle d'Auvergne, ch. 14. art. 26. y sont précises.

Quelqu'un objectera peut-estre, que les donations des biens presens & à venir, & les institutions contractuelles, estant les mêmes dans l'effet, & les premieres pouvant estre faites dans toute sorte de contrats, il semble aussi qu'il est assez inutile de n'admettre les dernieres, que dans des contrats de mariage, mais la réponse est, qu'il suffit que les donations universelles, & les institutions contractuelles, soient deux manieres differentes de contracter, qui ont chacune leurs conditions, supposé même qu'elles ayent toutes deux les mêmes effets, ce qui s'examinera dans la suite. C'est ainsi que dans le Droit une mere qui ne peut pas substituer pupillairement, peut neanmoins instituer son fils impubere, pour estre son heritier, lorsqu'il aura atteint l'âge de quatorze ans, & luy substituer en cas qu'il ne soit pas son heritier, selon la Loy 33. *ff. de vulgari*; & si ayant le dessein de faire cette disposition, elle prend la voye de la substitution pupillaire, sa disposition est nulle, comme celuy qui voudroit faire une institution contractuelle, hors contrat de mariage, pouvant arriver aux mêmes fins par la voye de la donation des biens presens & à venir, rendroit sa liberalité inutile en ne choisissant pas bien la maniere de contracter.

10\. Coutumes qui admettent une espece d'institution contractuelle hors contrat de mariage.

Il y a neanmoins quelques Coutumes, qui admettent une seconde espece d'heritier contractuel, & qui permettent à ceux qui s'associent de s'instituer heritiers par leur contrat de societé. La Coutume d'Auvergne, chap. 15. art. 1. en a une disposition précise, & cette institution s'entend en cas de mort sans enfans, & est revoquée par la survenance des enfans : comme aussi elle n'empêche point de disposer entre-vifs, & elle ne s'entend que des biens qui se trouveront lors du decés; mais elle empêche que l'on ne fasse une seconde institution d'heritier. Enfin, l'heritier ainsi institué peut se porter heritier beneficiaire, quand il n'a point de concurrens, & peut même renoncer, ce qui est defini par les huit articles qui composent ce chapitre 15. de la Coutume d'Auvergne.

☞ A plus forte raison deux associez peuvent convenir que les successions qui leur arriveront à chacun en particulier, feront partie de leur societé, & il y en a même une disposition précise en la Loy 3. *§. de illo ff. pro socio*; mais ils ne pourroient pas dire que s'il arrive à l'un d'eux une telle succession, elle leur sera commune : c'est le cas du vœu inhumain sur la mort d'autruy. *L. donari 29. §. 2. ff. de donation.* Deux freres peuvent aussi faire une convention de se succeder reciproquement, mais elle sera revocable à volonté, Henrys liv. 6. qu. 26.]

Enfin, il faut observer, qu'il n'importe pas que des institutions contractuelles soient faites incontinent avant le mariage, mais qu'elles peuvent estre faites long-temps devant, & qu'au contraire elles ne le peuvent estre par un contrat posterieur au mariage. La Coutume d'Orleans a une disposition semblable, lorsqu'elle établit en l'art. 202. que *les contrats de mariage sont susceptibles de toutes sortes de clauses, pourvû qu'ils soient faits avant la foy baillée, & benediction nuptiale* : de même la Coutume de Blois, art. 161. Ce qui est parfairement bien expliqué par Monsieur d'Argentré, sur l'article 220. de la Coutume de Bretagne, gl. 6. nomb. 3. 4. 5. 8. 9. & par Bacquet, chap. 21. nomb. 73. & Maistre Charles du Molin a prévû cela par une Note qu'il a faite sur l'art. 26. du chap. 14. de la Coutume d'Auvergne, lequel approuvant les conventions de succeder faites en traité de mariage, il a dit sur cet article, *etiamsi tractatus iste diu pracedat matrimonium, secus si sequatur.* 11. Si l'institution peut estre faite aprés le mariage.

La seconde condition est, que l'institution contractuelle soit faite en faveur des mariez ou de leurs descendans, parce que la faveur des contrats de mariage ne concerne que ces personnes, & ces contrats estant à leur égard extrêmement privilegiez, & estant susceptibles de toute sorte de clauses, sont des contrats à l'ordinaire à l'égard des autres personnes qui y sont meslées incidemment. C'est pourquoy l'institution contractuelle du fils faite dans le contrat de mariage de sa sœur, n'est pas valable, non plus que la renonciation d'une fille mineure aux successions futures de ses pere & mere, qui seroit faite dans le contrat de mariage d'une autre fille : & de même que l'on jugeroit encore, que quoique la donation faite au profit des futurs conjoints, n'ait pas besoin d'estre acceptée par eux; neanmoins si elle concernoit aussi des personnes étranges, elle devroit estre acceptée de leur part : ce qui auroit encore lieu pour l'insinuation, dont la donation seroit exempte, selon le dernier usage, si elle estoit faite par un pere dans le contrat de mariage de son fils, mais non pas si ce même contrat contenoit une donation au profit d'un autre fils : de même à l'égard de la clause qu'on ne pourra demander compte ni partage. De même, les contre-lettres qui sont nulles quand elles sont faites contre des contrats de mariage, & au préjudice des personnes mariées, ne laisseroient pas de valoir au préjudice d'une tierce personne. Enfin, outre ces exemples, nous avons plusieurs Coutumes dans le Royaume, lesquelles par une disposition précise, ne permettent l'institution contractuelle, qu'en faveur des personnes mariées & de leurs descendans, la Coutume de Nivernois, titre des Donations, art. 12. celle de Bourbonnois, 12. Qu'elle doit estre faite en faveur des mariez, ou de leurs descendans.

art. 219. & celle d'Auvergne, chap. 14. art. 26. & c'est même les étendre assez loin, que de les admettre en faveur des descendans, qui ne sont point encore, & ne peuvent accepter l'institution ou la substitution, qui passe pour un contrat & une donation entre-vifs : ce qui n'a esté admis que par la faveur extrême des contrats de mariage. ☞ C'est pourquoy il n'y a pas ordinairement de droit d'accroissement entre deux heritiers contractuels ; non pas seulement par la raison qu'en apporte la Thaumasiere en ses décisions liv. 2. chap. 34. que le droit d'accroissement n'a pas lieu dans les contrats, puisqu'on pourroit répondre à cela que ces institutions participent de la nature des donations testamentaires, en tant qu'elles ne se transmettent pas à toute sorte d'heritiers, comme les contrats & les donations entrevifs, & qu'elles n'empêchent point de disposer entre-vifs; mais par la raison principalement qu'il n'est gueres possible que deux heritiers contractuels soient conjoints *re & verbis*, ou qu'ils le soient seulement *re, aut verbis*, puisqu'à moins que d'instituer le mari & la femme, ou de les instituer avec leurs descendans, on ne peut jamais faire une institution contractuelle de deux personnes à la fois : aussi dans le cas proposé par cet Auteur d'une institution de deux freres faite dans le contrat de mariage de l'aîné des deux, il estoit vray de dire qu'il n'y avoit que le seul aîné qui fust institué d'une institution contractuelle, & que le puîné ne l'estoit que par un simple acte regulierement nul à son égard, comme non accompagné des solemnitez du testament, ou en tout cas toûjours revocable *ad nutum*.

Il faut dire neanmoins qu'une substitution contractuelle faite par un pere dans le contrat de mariage de son fils qu'il institüe, & auquel il substitüe les enfans mâles qui naistront du mariage, se doit étendre aux enfans d'un second mariage du fils, au cas qu'il n'en ait point du prémier, dans le contrat duquel la substitution a esté faite, parce que cette interpretation est conforme aux intentions du pere, à qui les enfans mâles d'un second lit de son fils, sont aussi chers que ceux d'un premier lit : ensorte que la limitation qui résulte de ce qu'il a substitué les enfans qui naîtront du futur mariage, est bonne pour empêcher la concurrence des enfans mâles du second lit, quand il y en a du premier lit ; mais elle n'empêche pas que ceux du second ne viennent au défaut de ceux du premier, comme il est dit en la Loy *4. ff. de lib. & posth.* que celuy qui institüe ses posthumes est censé les avoir instituez *ex quacumque uxore nati sint* : Cela a esté ainsi jugé par l'Arrest de Chabannes de l'an 1637. rapporté par Henrys tom. 1. liv. 6. chap. 5. qu. 25. pag. 648. mais s'il y avoit eu des enfans des deux mariages, la substitution auroit esté bornée aux enfans du premier lit, sauf à la limiter comme a fait le Parlement de Toulouse, au rapport de Monsieur de Cambolas, liv. 4. ch. 26. aux biens que le pere avoit lors de l'institution.]

13. Exception à l'égard d'une institution, ou à la charge d'associer les freres & sœurs. Il faut estre averti neanmoins qu'on a inventé un moyen de faire l'équipolant d'une institution contractuelle au profit d'autres personnes que les mariées, en instituant la personne mariée, à la charge d'associer ses freres & sœurs pour une certaine quotité de l'institution, ce qui vaut au profit des freres & sœurs comme une condition de l'institution, mais à mon avis, pourroit estre revoqué comme n'estant pas une veritable institution contractuelle, & les contre-lettres qui ne sont point contraires aux personnes mariées, estant licites. Enfin, la disposition estant faite en ligne directe, seroit encore revocable, nonobstant l'acceptation des freres & sœurs, comme estant une simple démission de biens à leur égard, suivant ce qui nous est enseigné par Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 53. que *in omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, consensus & voluntas ejusdem mutabilis est, & ambulatoria usque ad mortem*, & sur le §. 92. nomb. 10. que *divisio inter liberos est actus ultimæ voluntatis ambulatorius & revocabilis*.

☞ On pourroit neanmoins instituer une fille par son contrat de mariage, & par le même contrat instituer ses freres & sœurs, & faire entr'eux une substitution reciproque, auquel cas estant necessaire de conserver l'institution & la substitution de la fille instituée & substituée dans son contrat de mariage, il semble qu'on ne pourroit pas conserver cette substitution à son profit, qu'on ne conservast l'institution & la substitution des autres. Cependant cela se pourroit, estant bien exprés; c'est-à-dire, qu'on pourroit conserver la substitution de la fille mariée aux autres, & la rendre simple, & non reciproque.]

Que si un pere a marié sa fille, & luy a promis de l'égaler avec ses freres & sœurs, & de ne rien faire au préjudice des uns ni des autres de ses enfans, cela ne l'empêche pas de disposer derechef, & par une seconde donation au profit de la même fille, ou de ses descendans, parce qu'encore que cette donation soit relative, elle n'est veritable institution contractuelle, qu'au profit de la fille, dans le contrat de mariage de laquelle elle est faite, & non des autres enfans qui n'ont point esté mariez ; & si on la prenoit pour une institution à leur égard, ce seroit une institution hors contrat de mariage, qui ne seroit pas valable. 14. Promesse d'égaler la fille mariée, n'empêche pas qu'on ne luy donne une seconde fois.

Ce principe sert à décider une espece qui s'est presentée. Un pere ayant cinq enfans, maria sa fille aînée, à laquelle, outre une somme d'argent comptant qu'il luy constitua pour dot, il fit promesse de l'égaler à ses freres, sans pouvoir avantager aucun de ses enfans au préjudice des autres, quelques années aprés il maria un fils, auquel il fit de grands avantages ; celuy-cy aprés le decés du pere, se contentant de sa donation, renonça à la succession échûë, la fille mariée demanda un cinquiéme dans tous les biens, les autres enfans luy offrirent de partager également ce qui se trouvoit dans la succession *ab intestat*, soûtenant que dés qu'elle venoit à la succession, même en vertu de son institution contractuelle, ou de la promesse d'égalité qui luy avoit esté faite, elle estoit obligée au rapport, & ne pouvoit demander qu'une part égale avec ses coheritiers. La fille mariée prétendoit au contraire qu'elle devoit avoir ce cinquiéme dans tous les biens, comme ayant esté instituée pour une portion égale, au moyen de la promesse d'égalité qui avoit esté faite par son contrat de mariage, laquelle promesse ne se pouvoit accomplir, qu'elle n'eust son cinquiéme dans tous les biens. Que si le pere avoit rompu l'égalité par les avantages qu'il avoit faits à son fils, elle en devoit estre recompensée par la succession *ab intestat*, sur laquelle elle avoit droit de prendre une cinquiéme partie de tous les biens que le pere avoit eus, sa donation comprise. Et l'avis du Palais a esté, que la fille, à qui on avoit promis l'égalité, devoit avoir son cinquiéme, comme instituée par son contrat de mariage pour une cinquiéme portion. Que si le pere eût pû alterer cette portion par des donations subsequentes faites à des étrangers, il ne l'a pas pû par une donation faite au profit d'un autre enfant, parce que l'égalité avoit esté promise à la fille par rap-

port à ses freres & sœurs. ☞ Aussi il y a un Arrest en cas à peu prés semblable dans Maistre Anne Robert liv. 1. ch. 15.] Que cependant la donation faite au fils estant bonne, & ne pouvant pas recevoir aucune atteinte, tandis qu'il y avoit dans la succession *ab intestat*, de quoy fournir un cinquiéme à la fille mariée, sans blesser la legitime des autres freres & sœurs, ce cinquiéme devoit estre payé par les freres heritiers *ab intestat*, sans qu'ils se pussent plaindre de l'inégalité qu'ils souffrent en leur particulier : parce que la promesse d'égaler faite dans le contrat de mariage de leur sœur, n'estoit pas irrevocable à leur profit ; mais au profit de leur sœur seulement, dans le contrat de mariage de laquelle cette promesse avoit esté faite. L'on convint neanmoins que l'action revocatoire auroit pû s'intenter contre le frere donataire ; mais subsidiairement, & supposé qu'il n'y eût pas eu de biens suffisans dans la succession *ab intestat*, pour acquitter ce cinquiéme, & pour la legitime des autres freres : à quoy l'on peut appliquer ce que nous dirons au nombre 26.

A mon égard, j'adhere fort à cet avis, & j'estime que la fille vient en ce cas, comme donataire ou instituée par une certaine portion dans tous les biens generalement ; de même qu'un fils legataire de sa part ou d'une double portion, rapporte ce qui luy a esté donné, & partage pour une ou pour deux testes ; mais il emporte cette portion leguée en qualité de legataire : elle entre aussi en ce partage comme un second mari, à qui aux termes de l'Edit des secondes nôces, il est dû une portion de moins prenant, dans le partage des enfans de sa femme : Enfin, cette fille rapporte même, & souffre les imputations ordinaires aux copartageans, excepté qu'elle ne rapporte pas l'avantage qui luy est fait au préjudice de ses freres heritiers *ab intestat* : parce qu'une fois elle est instituée heritiere pour une part égale avec ses freres & sœurs ; par consequent elle doit avoir un cinquiéme qui sera reglé, eu égard à sa donation, à celle faite au frere, & aux biens de la succession *ab intestat*, & encore un coup, elle a ce cinquiéme, comme donataire, ou instituée pour la même portion, & non pas comme heritiere *ab intestat*.

☞ Quelquefois la promesse d'égaler n'est pas institution contractuelle, mais donation entre-vifs, ce qui se distinguera par les termes dont elle sera conceuë : car si quelqu'un en mariant sa fille, promet seulement de ne point avantager ses autres enfans à son préjudice, cette promesse d'égalité semble estre faite par forme d'institution contractuelle, & estre relative au temps de la mort : mais si qu'elqu'un promet à sa fille en la mariant, que si il avantage ses autres enfans audelà de ce qu'il luy donne en mariage, il sera tenu de l'égaler ; en ce cas, la promesse d'égaler est donation conditionnelle : ensorte que quand le pere aura avantagé un autre enfant, la fille aura action pour son également, & hypoteque du jour de son contrat de mariage.] *Voy z les Additions.*

15. Que les institutions ne doivent pas blesser la legitime. La troisiéme condition est, que ces institutions ne blessent pas la legitime des enfans ; ce qui est exprimé dans la plûpart des Coutumes qui les admettent précisément, comme celle de Bourbonnois, art. 219.

Quelquefois même l'interest des enfans a donné lieu de reduire l'effet de institutions contractuelles : c'est ainsi qu'un mari & une femme ayant par le contrat de leur mariage institué les enfans qui en viendroient pour leur succeder dans tous leurs biens, & dans la suite n'ayant eu qu'une fille, & le mari devenu veuf s'estant remarié, & ayant eu des enfans de son second lit, l'on jugea que la fille du premier mariage ne devoit avoir à titre d'institution contractuelle que les biens que le pere avoit lors de son premier mariage, & que l'institution dans tous les biens ne s'entendoit, en ce cas, que des biens presens. En sorte que les biens acquis depuis le premier mariage, furent ajugez aux enfans du second lit, que le pere avoit institué par son testament. L'Arrest qui fut rendu au Parlement de Toulouse le 18. Juin 1621. est rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 4. chap. 26.

L'on peut demander s'il n'y a point d'autres conditions qui soient necessaires dans les institutions contractuelles, comme si elles doivent estre faites par un pere au profit de ses enfans ? Et il est certain que cette condition n'est point necessaire, & qu'une personne étrange peut faire une institution contractuelle : ce qui est décidé par le même article 219. de la Coutume de Bourbonnois : de même, l'acceptation ni l'insinuation ne sont point necessaires dans ces institutions, tant parce qu'elles sont faites dans des actes de mariage, dont la faveur les dispense de ces formalitez, qu'à cause que les creanciers n'ont pas ordinairement d'interest d'empêcher l'effet de ces sortes de dispositions, que parce qu'elles sont en partie des donations pour cause de mort. Ricard partie 1. nomb. 556. 16. Si l'acceptation & l'insinuation sont necessaires dans ces institutions.

Aprés les conditions viennent les effets de ces sortes d'institutions, & le principal de ces effets consistant dans leur irrevocabilité, la question la plus importante de ce Chapitre, est de sçavoir en quel sens il est vray de dire que ces institutions sont irrevocables : & si non-seulement l'instituant ne peut pas revoquer ces donations pour le tout ; mais même s'il n'en peut pas diminuer l'effet par des alienations. ou par des donations entre-vifs ou testamentaires, & pour distinguer ce qu'il y a de constant. 17. Si elles se peuvent revoquer, par des revocations précises ou par la vente des biens.

1. Ces institutions ne peuvent pas estre revoquées pour le tout ; c'est-à-dire, que celuy qui a fait une institution contractuelle, ne peut pas détruire directement cette institution par un acte de revocation. Boërius, decis. 204.

2. Il ne peut pas non plus la détruire par une autre institution d'heritier, ou contractuelle, où testamentaire. Ensorte que la difficulté est de sçavoir s'il peut énerver l'effet de cette institution, ou par des contrats entre-vifs, ou par des legs particuliers. Et quoique la tradition de Droit & l'irrevocabilité de ces sortes d'institutions, semble demander que l'instituant soit tenu d'en conserver l'effet à l'institué, & que c'est rendre une institution contractuelle absolument illusoire, que d'aliener les biens & constituer des dettes, de donner entre-vifs, & de faire des legs particuliers, lorsque toutes ces dispositions emportent la meilleure partie des biens ; neanmoins il faut entrer dans l'esprit des contractans, & ne s'en pas éloigner par de simples raisons d'inconvenient. Or l'intention principale de celuy qui fait une institution contractuelle, est d'assurer sa succession à celuy qu'il instituë, & de faire pour cela un testament irrevocable, s'il faut ainsi dire : ainsi cette institution ne luy doit pas lier les mains, ni l'empêcher de contracter de bonne foy, ni d'exercer même quelques liberalitez pendant sa vie, ni de faire quelques petits legs ; pourvû que ce soit à titre particulier & sans fraude. Il suffit en ce cas, à l'instituant de conserver sa succession à l'institué, & de n'avoir point d'autre heritier pour ce qu'il aura de biens hors de son decés : Car c'est ce moment que fixe l'état de sa succession, de 18. Qu'elles n'empêchent pas d'aliener ni de donner entre-vifs ni de faire de petits legs.

même que l'arrivée d'un vaisseau, qui estoit allé en voyage, fixe le profit du negoce.

19. Que cette faculté qu'a le donateur n'empêche point la tradition de droit.

Il n'est point veritable que cette faculté que nous laissons à celuy qui a fait une institution contractuelle de vendre & d'hypotequer, & de donner ou leguer à titre particulier, soit un obstacle à la tradition de Droit. Car la convention n'ayant esté que pour ce qui se trouvera au jour du decés, il suffit que l'instituant ne puisse point revoquer cette convention. Et c'est en cela que se trouve la tradition, *satis est quod sub conditione possit afferre commodum,* dit Maistre Charles du Molin, sur l'art. 95. de la Coutume de Paris. De fait on a estimé que les dispositions conditionnelles n'avoient rien de contraire à la tradition requise dans les donations entre-vifs. Que si l'on insiste icy en disant pour soutenir l'opinion contraire, que les conditions potestatives empêchent la tradition, je répons que la condition, dont parle Maistre Charles du Molin, est mixte, & que quand on instituë un heritier par contrat pour ce qu'on aura de biens au jour de son decés, cet evenement ne dépend pas plus de ce que fera l'instituant, que de sa bonne ou de sa mauvaise fortune qui a part dans tous les succés de la vie, estant trés ordinaire que quelqu'un ne réüssisse pas dans ses affaires avec beaucoup de conduite, & que quelque autre réüssisse dans les siennes avec moins de mesures : ce qui arrive par un caprice de la fortune, qui fatigue quelquefois les hommes, qui y aspirent le moins, de ses caresses & de ses bienfaits. Outre que le plus ou le moins n'est pas ce qui a esté promis ; mais bien ce qui se trouvera au jour du decés, c'est ce qui a esté donné par le donateur, & accepté par l'heritier institué, & ce qui ne luy peut jamais estre osté.

20. Difference entre les institutions contractuelles & les donations des biens presens & à venir.

Il y a même quelque difference à cet égard entre les institutions contractuelles, & les donations de biens presens & à venir ; car il n'y a rien dans l'institution contractuelle qui ne soit relatif au temps de la mort : au lieu que la donation des biens presens & à venir a rapport aux biens presens, & peut-estre divisée suivant l'opinion de plusieurs. Et cette distinction est même appuyée de la disposition précise de quelques-unes de nos Coutumes, & principalement de la Coutume d'Auvergne, ch. 14. article 29. & 30. Masuer l'établit aussi en sa pratique titre des successions nombre 13. & Maistre Antoine Mornac sur la Loy *Pactum 15. C. de pactis.* Quoiqu'il faut observer qu'une donation universelle des meubles que le donateur aura au jour du decés, si l'on ne l'a fixée par un inventaire, n'empêche pas que le donateur ne crée des dettes, desquelles les creanciers se pourront venger sur les meubles du défunt. Comme aussi une donation universelle de biens presens & à venir, n'empêche pas le donateur de disposer entre-vifs, même à titre gratuit, des biens qu'il acquiert depuis la donation, encore moins de les affecter & hypotequer.

21. Autorité de Maître Charles du Molin.

Enfin ç'a esté l'opinion de Maistre Charles du Molin, lequel dans sa Note sur l'article 221. de la Coutume de Bourbonnois, qui dit, que l'on ne peut faire d'une seconde institution d'heritier au préjudice d'une premiere institution contractuelle, s'est assez expliqué de son avis sur nostre question par ces termes : *scilicet si supersint & conquerantur, sed non impeditur quadam particularia legare, manente institutione in sua quota,* ce qu'il repete sur l'article 225. Car s'il est permis à celuy qui a fait une institution contractuelle de faire des legs particuliers, qui n'ont effet qu'aprés la mort, qui est le temps où l'institution contractuelle se doit executer ; à plus forte raison peut-il vendre & hypotequer, ou même donner entre-vifs par donation particuliere, pourvû que ce soit sans fraude.

De même celuy qui a fait une institution contractuelle n'est point prohibé d'appeller ou de rappeller ses propres enfans à sa succession, soit par donation entre-vifs, soit par testament.

☞ Je Demande si en Bourbonnois celuy qui aura fait une institution contractuelle, pourra constituer un douaire préfix qui excede le coutumier, qui est la moitié des immeubles possedez par le mari lors de son mariage, par exemple de l'usufruit du total de ses biens. J'estime qu'il le pourra, parce que le douaire est un contrat & un titre onereux, & la promesse du douaire lie le mari déslors du contract de mariage : quoique le douaire ne s'ouvre qu'à sa mort : de plus elle le lie comme obligé, & non pas comme donateur.]

Il faut estre aussi averti, qu'il y a des Coutumes où celuy qui a fait une institution contractuelle ne peut rien aliener de ce que l'institué auroit eu, s'il estoit decedé au moment qu'il a fait cette institution, si ce n'est qu'il ait besoin d'aliener pour racheter sa vie, ou sa liberté. C'est la disposition de la Coutume d'Anjou art. 245. sur lequel Maistre Charles du Molin a remarqué que cette prohibition d'aliener ne concernoit que les biens presens, & ajoûte une espece singuliere, qu'un pere ayant marié sa fille qui estoit déslors exclufe de sa succession, & ayant ensuite marié son fils comme son principal heritier, le pere nonobstant cette institution, pouvoit rappeller sa fille : parce que le fils, & la famille de la bru, ont dû sçavoir que la fille, qui a renoncé expressément, & à plus forte raison celle qui n'est exclufe que par sa dot, peut toûjours estre rappellée, & que le rappel efface la renonciation & repare cette exclusion. De même sur l'article 4. du chapitre 6. des donations entre nobles de la Coutume de Lodunois qui porte que *quand le fils aîné noble est marié par ses pere & mere comme fils aîné & principal heritier, ils ne peuvent faire par donaison ou autrement, que les deux parts de leur patrimoine avec l'avantage ne luy demeurent,* le même du Molin a fait cette Note, *Puta permutando vel vendendo feuda, ut acquirantur prædia censualia vel mobilia.* Heu en dit autant sur l'article 8. de la Coutume d'Amiens, nomb. dernier. Et il va jusque-là, que si un pere a une fois marié son aîné pour tel, il ne peut plus donner à ses puînez le quint viager ou hereditral, que l'article 57. de cette Coutume permet de leur donner par testament, outre leur quart naturel, & coutumier qu'ils ont dans les fiefs.

22. Coutumes où l'on ne peut rien faire au préjudice de l'institution contractuelle.

23. Exception dans ces Coutumes même.

Enfin, une autre limitation qui est écrite dans l'article 245. de la Coutume d'Anjou, est que cette prohibition d'aliener ne peut reflechir sur un tiers acquereur, à moins que le contrat de mariage n'ait esté publié.

24. Des reserves dans l'institution.

Au surplus ceux qui font une institution contractuelle avec reserve de pouvoir disposer jusques à une certaine concurrence ; se prescrivent eux-mêmes des bornes pour les donations entre-vifs & testamentaires, selon ce qui a esté jugé par Arrest rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet nomb. 9. Arr. 3. ce qui ne les empêche pas, à mon avis, de faire des contrats onereux pendant leur vie, pourvû que ce soit aussi sans fraude ; mais celuy qui a fait l'institution ne se prévalant pas de ces reserves, elles accroissent à l'heritier contractuel. Il n'en est pas de même des reserves faites dans les donations entre-vifs : car si le donateur ne les execute pas, elles appartiennent à l'heritier *ab intestat*, ne pouvant estre reputées comprises en la donation entre-vifs, manque de

tradition de droit : ce qui est décidé par l'article 112. de la Coutume de Sedan.

La raison de difference est que l'institution contractuelle faisant un heritier irrevocable, tout ce qui tombe dans la succession *ab intestat*, luy appartient de plein droit : car un heritier *ab intestat*, ne concourt pas avec un heritier contractuel *in solidum* : & ils ne concourent jamais ensemble qu'en cas que l'institution ne soit que pour une certaine quotité des biens : ainsi l'heritier contractuel ne peut manquer de profiter de la reserve apposée dans son institution, quand elle devient caduque au moyen de l'inexecution, & de ce que celuy qui a fait l'institution, n'a pas disposé de la somme, dont il s'étoit reservé la faculté de disposer: Et c'est ce qui a esté jugé par un Arrest du 2. Aoust 1678. rapporté dans le Journal du Palais partie 7. pag. 292. Mais il n'en est pas de même à l'égard d'une donation entre-vifs: elle ne comprend pas toûjours les biens à venir, & ce qui se trouve au temps de la mort : & quand elle seroit faite des biens presens & à venir, elle n'empêcheroit pas qu'il n'y eût un heritier *ab intestat* dans la succession, lequel estant capable de succeder à ce qui ne seroit pas compris dans la donation, profiteroit dans nostre espece de la somme reservée. La raison est, que dés que le donateur s'est reservé la faculté de disposer de cette somme, elle a esté actuellement retranchée de la donation faite entre-vifs, qui ne sçauroit jamais compatir avec une condition pure potestative : & c'est-là le fondement de cet article 112. de la Coutume de Sedan. Maistre Jean Marie Ricard part. 3. de ses donations nomb. 743. estime même, que quand le donateur a prévû le cas, & a dit que supposé qu'il ne disposât pas de la somme reservée, elle appartiendra au donataire, la somme ne laisse pas d'appartenir à ses heritiers *ab intestat* : parce que cette clause n'empêche pas qu'il ne se soit reservé la faculté de pouvoir disposer, qui est une condition pure potestative absolument incompatible avec la tradition de droit, & avec l'irrevocabilité : & il en rapporte même un Arrest du 3. Avril 1648. mais il faut observer que nostre décision n'a lieu qu'en cas qu'il y ait un heritier *ab intestat*, qui puisse recüeillir la somme reservée, dont le donateur a manqué de disposer, autrement elle demeure au donataire.

Enfin, il y a encore une exception à apporter à la premiere partie de nostre distinction, qui concerne les reserves faites dans une institution contractuelle : car si le mari avoit institué sa femme son heritiere par leur contrat de mariage : ou si la femme avoit institué son mari sous la reserve de pouvoir disposer d'une certaine somme, dont elle ne disposeroit pas dans la suite : en ce cas, l'institué ne pourroit pas profiter de la somme reservée: parce que celuy qui auroit fait l'institution, en manquant de disposer au profit d'un étranger, ce qui pourroit estre une affectation de sa part, il disposeroit necessairement au profit de son conjoint, ce qu'il ne peut faire, ni directement, ni indirectement, personne ne pouvant se reserver la faculté de disposer en un temps prohibé : ainsi la somme appartiendra, en ce cas, à l'heritier *ab intestat*, qui pourra concourir dans la succession pour cela seulement, quoique d'ailleurs l'institution soit de tous les autres biens. Ce qui auroit lieu au cas même que celuy qui auroit fait l'institution au profit de son conjoint, eût exprimé la clause cy-dessus, que faute par luy de disposer de la somme reservée, elle demeureroit comprise dans l'institution contractuelle au profit de son conjoint. Que si dans ce même cas le donateur ne laissoit point d'heritiers *ab intestat*, qui voulussent accepter sa succession, la somme demeureroit par necessité à l'institué, quoiqu'il fût son conjoint.

On doute souvent si celuy qui a fait une institution contractuelle & qui dispose ensuite d'une partie de ses biens, ne le fait point en fraude de cette même institution : car quelle mesure y a-t'il pour cela ? & quelle regle peut-on suivre pour juger si les dispositions particulieres de celuy qui a fait auparavant une institution contractuelle, sont inofficieuses & faites en fraude de l'institution? Combien y-a-t'il de secretes necessitez pour vendre ou emprunter, & de justes reconnoissances qui obligent à donner? Car il n'y a pas d'apparence de définir que celuy qui a fait une institution contractuelle, sera tenu de reserver une certaine portion de ses biens à son heritier institué, comme il est décidé en la Novelle 108. chap. 1. d'où a esté tiré l'Autentique *Contra C. ad Senat. Trebell.* qu'un testateur ayant chargé son heritier, en cas qu'il mourut sans enfans, de restituer à quelqu'un ce qui luy resteroit des biens qu'il luy laissoit, il n'estoit pas permis à cet heritier de les dissiper ; mais qu'il devoit au moins en conserver au fideicommissaire la quatriéme partie, & cette portion seroit quelquefois trop modique, d'autrefois aussi la necessité des affaires du donateur, l'obligeroit justement à réduire encore d'avantage l'effet de son institution: ainsi le tout doit estre laissé à l'arbitrage du Juge. L'on rapporte sur ce sujet un Arrest du 17. Avril 1646. par lequel conformément aux conclusions de Monsieur l'Avocat General Bignon, l'on réduisit à la somme de 10000. liv. un legs fait par la Dame Vicomtesse d'Auchy à un Gentilhomme qui estoit de ses domestiques, comme estant fait au préjudice de l'institution contractuelle du sieur Vicomte d'Auchy son fils aîné. 25. S'il y a quelque regle pour sçavoir si les alienations posterieures sont en fraude de l'institution contractuelle.

Que si un pere ayant fait une institution contractuelle au profit de son fils aîné, disposoit au profit de ses autres enfans au delà de leur part afferante, cette disposition seroit reputée faire en fraude de l'institution : & c'est l'espece de l'Arrest du 27. Mars 1599. rendu en la Chambre de l'Edit, au profit de Monsieur le Duc d'Espernon contre Madame de Montpensier, lequel est rapporté par Chenu cent. 2. qu. 82. & par Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet nomb. 9. Arr. 2. & 3. La Coutume d'Anjou art. 423. & 424. étend en d'autre cas la suspicion à tous les heritiers présomptifs, disant que les heritiers de l'obligé ne peuvent se prévaloir du tenement de cinq ans, l'alienation faite à leur profit estant presumée avoir esté concertée en fraude des creanciers du vendeur. 26. *Quid* si un pere aprés avoir institué son aîné donne aux puinez au delà de leur part afferante.

Ç'a esté sur le fondement de ces principes que l'Arrest de Charlet du 2. Septembre 1681. est intervenu en l'Audience de la grand' Chambre. Monsieur Charlet, Conseiller en la Cour, ayant un fils unique d'un premier mariage, & n'ayant eu aucuns enfans d'un second, en contracta un troisiéme, & promit par le contrat de ne point avantager le fils de son premier lit au préjudice des enfans qui naîtroient de ce troisiéme mariage : il luy vint un fils & plusieurs filles, & par son testament il fit ses deux fils de son premier, & de son troisiéme lit, ses legataires universels, les substitua reciproquement l'un à l'autre, & en cas qu'ils décedassent sans enfans, leur substitua le second fils de Madame Ribier sa fille, & reduisit la derniere de ses filles à sa legitime. Aprés son decés cette fille contesta l'execution de son testament sur ce fondement, que déslors qu'il avoit promis par son contrat de mariage de ne point avantager le fils de son premier lit au préjudice des enfans de Arrest de Charlet.

son troisiéme mariage, il n'avoit pû faire le fils de son premier son lit legataire universel pour moitié, au prejudice des enfans de son dernier mariage: & qu'encore qu'il eût égalé les deux fils l'un à l'autre, il estoit toûjours vray de dire qu'il avoit avantagé son aîné au préjudice des filles du dernier lit: ce qui estoit contraire à cette clause de son contrat de mariage, qui ne concernoit pas seulement les mâles, mais generalement tous les enfans qui pourroient naître de son dernier lit. Que cette clause estoit une veritable institution contractuelle au profit des descendans du futur mariage, qui devoit estre executée selon sa forme & teneur, puisqu'elle avoit servi de fondement à une nouvelle alliance, qui ne se seroit pas contractée autrement, d'autant plus que cette clause estoit favorable, ne contenant qu'une promesse d'égaler les enfans des deux lits, à quoy la nature invitoit tous les peres, la Nov. 22. chap. 48. disant, que le pere qui garde l'égalité entre les enfans qu'il a eus de divers lits, imitant en cela la prudence de la Loy, merite le titre de bon & de juste. Que si une institution contractuelle n'empêchoit pas de contracter, de donner entre-vifs, même de faire des legs modiques, pour recompense de services, elle empêchoit au moins de faire des legs universels au préjudice de celuy qui est institué par son contrat de mariage, & principalement au profit d'autres enfans qui sont encore plus prohibez que non pas des étrangers: car en ces occasions on défend le plus ce qui arriveroit le plus souvent. C'est pourquoy un aîné, qui n'a pour sa legitime contre des étrangers donataires, que la moitié de son préciput & de sa plus grande portion au résidu des fiefs, a son droit d'aînesse en son entier, quand il poursuit sa legitime contre ses puînez. Enfin, l'institution contractuelle estant une promesse & une assurance d'une succession future, & estant, s'il faut ainsi dire, un testament irrevocable, ne souffre point que l'instituant altere sa succession qu'il a promise, par des actes qui n'ayent trait qu'à la mort: parce qu'elle ne contient autre chose que ce qui se doit trouver lors de la mort, & elle seroit sans aucun effet, si outre que l'instituant peut diminuer & alterer son bien par des actes entre-vifs, il pouvoit encore disposer par testament de ce qu'il auroit de biens lors de son decés: en un mot, l'égalité promise qui n'auroit pû estre violée au profit du fils du premier lit par des donations entre-vifs, faites au profit de quelques uns des enfans, quoiqu'elles auroient pû se faire en faveur des étrangers, a encore moins pû l'estre par un testament qui n'a lieu qu'à la mort qui est le temps auquel cette promesse d'égalité qui est une vraye institution, doit avoir son effet. Ce qui peut même estre fondé sur la Loy 132. *ff. de verb. obligat.* & principalement sur la Novelle 19. de l'Empereur Leon, rapportée au nomb. 2. cy-dessus.

Ce fut vraisemblablement sur ces moyens que la Cour rendit son Arrest, qui vient d'estre datté, & qui est rapporté dans la huitiéme partie du Journal du Palais, lequel, sans avoir égard au testament, ordonna que les trois enfans du dernier lit partageroient également les biens de la succession. Mais l'Arrest osta au fils du dernier lit son legs universel, quoique celuy à qui l'on a promis l'égalité par une institution contractuelle, & à plus forte raison celuy à qui on a promis de n'en point avantager d'autres à son préjudice, ne laisse pas de pouvoir estre avantagé: car quand on promet de n'en point avantager d'autres à son préjudice, on ne s'interdit pas de l'avantager luy-même au préjudice des autres, aussi ce fils du troisiéme lit n'estoit point partie dans la cause.

Enfin, le pere qui a fait une institution contractuelle au profit de son fils, ne peut pas aprés coup luy faire une substitution, non pas même en faveur de ses petits-fils, comme il a esté jugé par Arrest du Jeudy 22. Fév rier 1635. rapporté par Brodeau au même endroit, Arrest 8.

27. *Quid* s'il substitue *ex post facto*, les propres enfans de l'institué.

Je n'estime pas même que le consentement que l'heritier institué auroit presté aux dispositions, fût suffisant pour faire subsister des dispositions, lesquelles seroient excessives, & iroient à détruire l'effet de l'institution contractuelle, ou qui seroient universelles: parce qu'outre que ce consentement pourroit avoir esté extorqué, il s'agit icy de l'execution d'un contrat de mariage, dont les contre-lettres, & principalement celles qui vont au désavantage de la personne mariée, ne sont pas permises.

28 *Quid* si l'institué préte son consentement.

L'on demande encore si la Loy *Si unquam C. de revoc. donat.* a lieu en fait d'institutions contractuelles? Et il faut distinguer: car si un pere fait une pareille institution au profit de son fils, elle ne sera pas revoquée par les enfans, qui surviendront, soit qu'ils soient du même, ou d'un second mariage, sauf la legitime de ses enfans. En sorte que cela tombera dans le cas de la Loy *Si totas C. de inoff. donat.* & non dans celuy de la Loy *Si unquam C. de revoc.* & la donation ne souffrira atteinte que jusques à la concurrence de la legitime de enfans nouveaux-venu. La raison qui s'en peut rapporter est, que celuy qui a déja un fils, & qui l'institue, peut prévoir qu'il luy en viendra d'autres. D'ailleurs, il a déja satisfait en partie au devoir naturel. Enfin, le survenant est bien moins favorable au respect d'un autre fils donataire, qu'au respect d'un étranger: c'est pourquoy j'estime que le fils d'un second mariage qui estoit imprévû, ne revoquera pas la donation en vertu de cette Loy *Si unquam.* Enfin, si c'est une fille qui ait esté instituée en une Coutume où les filles dotées sont excluses, le mâle qui survient du même, ou d'un autre mariage, ne revoquera pas non plus pour le tout; mais sera aussi réduit à sa legitime dans les rotures, & son droit d'aînesse dans les fiefs: c'est le sentiment de Monsieur Tiraqueau sur la Loy *Si unquam verb. libertis num. 75. & seq.* & de Maistre Charles du Molin en son Traité *de in offic. test. donat. &c. n. 15.* Enfin, il est tres-constant que c'est l'opinion commune.

29. Si la Loy *Si unquam C. de revoc. donat.* a lieu au préjudice de l'alienation contractuelle.

Que si c'est un étranger qui ait fait l'institution & qui vienne à se marier, & ait des enfans, en ce cas, l'institution contractuelle sera revoquée par ces enfans; si ce n'est en quelques Coutumes, qui ont tant favorisé ces sortes d'institutions, qu'elles les ont declarées exemptes de cette revocation. Telle est la Coutume d'Auvergne, chap. 14. art. 33. sur lequel Maistre Charles du Molin a dit que cet article estoit contre le Droit, ajoûtant qu'il n'avoit lieu que quand l'institution estoit faite par un pere au profit de son fils legitime; & non quand elle estoit faite au profit d'un bâtard. Surquoy il faut observer, que Maistre Charles du Molin s'est attaché à cet exemple du bâtard, n'osant pas dire absolument, que quand l'institution estoit faite au profit d'un étranger, elle estoit sujette à la Loy *Si unquam*: parce que le texte de la Coutume est general, & ainsi comprend l'institution faite par un étranger. Au lieu que cette Coutume n'autorise pas, comme celle de Bourbonnois art. 219. l'institution contractuelle faite au profit des bâtards, & qu'ainsi ils ne sont pas même capables d'une institution universelle, bien loin qu'une semblable institution faite à leur profit, ne puisse estre revoquée par la survenance des enfans. Quoy

30. *Quid* si l'institution est faite par un étranger.

31. Discussion d'une Note de Maistre Charles du Molin.

qu'à mon avis, la limitation qu'il a voulu apporter à l'égard des bâtards, soit beaucoup plus à propos sur la Coutume de Bourbonnois, dont l'art. 219. admet l'institution contractuelle au profit du bâtard : car l'on pourroit soutenir avec beaucoup de raison, que dans cette Coutume la survenance des enfans legitimes, revoqueroit l'institution contractuelle au profit d'un bâtard, & donneroit lieu de le reduire à ses alimens : parce que le bâtard ne doit jamais estre preferé au legitime, non pas même quand il est legitimé par Lettres : à plus forte raison, quand il n'est point du tout legitimé. Ce qui fait croire, que l'article 225. de la Coutume de Bourbonnois, qui déclare les institutions contractuelles non sujettes à la Loy *Si unquam C. de revoc.* n'est pas relatif aux bâtards qui ont esté instituez, selon qu'il est permis en l'article 219.

32. Que les Coutumes qui exemptent ces institutions de la Loy *Si unquam*, exceptent celles faites en des contrats de societé.

Enfin, les mêmes Coutumes, qui déclarent l'institution contractuelle faite par contrat de mariage, non sujette à la Loy *Si unquam*, y assujettissent neanmoins celle qui est faite en traité de societé. C'est la disposition de la Coutume d'Auvergne, chap. 15. art. 4. comme aussi la Loy *Si totas C. de inoff. donat.* ne laisse pas d'y avoir lieu, & les actions qui surviennent ont action contre l'institué pour leur legitime, suivant la seconde Note de Maistre Charles du Molin, sur le même article 225. de la Coutume de Bourbonnois.

33. Si l'institution contractuelle se transmet.

On peut encore demander si l'institué venant à deceder avant celuy qui l'a institué heritier, transmet son institution à ses enfans, soit que l'institution soit faite en directe, soit qu'elle soit faite par un collateral, ou par un étranger, & comment se fait cette transmission, & cette question présuppose que l'institution contractuelle n'est pas reputée en tout cas une donation entre-vifs : parce qu'autrement il ne seroit pas necessaire d'examiner si elle se transmet; puisque la donation entre-vifs saisit au moment qu'elle est faite, & par consequent le droit de succeder au donateur feroit partie de la succession de l'heritier institué, en cas que celuy-cy vinst à déceder avant le donateur. Ainsi il faut convenir de cette verité, qu'on ne la peut icy considerer comme une donation entre-vifs ; parce qu'autrement il faudroit dire, que l'heritier institué par contrat transfereroit son droit à toute sorte d'heritiers, ce qui n'est pas veritable, cela n'ayant jamais esté admis qu'en faveur des enfans de l'institué. Et à proprement parler, nostre institution, (quoique nous l'ayons qualifiée donation entre-vifs *à nobiliori parte*,) ne l'est principalement que pour l'irrevocabilité, & pour faire qu'elle ne puisse estre reduite : mais au surplus elle tient beaucoup de la donation testamentaire.

34. Que ce n'est pas une veritable transmission.

Cela présupposé, il faut examiner s'il se fait icy une transmission des droits de l'heritier contractuel, & quoique les Arrétistes franchissent le pas, & disent que les Arrests ont jugé la transmission, il ne faut pas dire cela indéfiniment, & c'est bien assez de dire qu'ils ont ajugé, en ce cas, la succession contractuelle aux enfans de l'institué, soit qu'il fust fils du donateur, soit qu'il fust son parent collateral, soit qu'il luy fust absolument étranger : ce qu'ils ont jugé par la faveur des contrats de mariage, hors desquels il ne se faitpoint d'institution contractuelle, laquelle semble induire que l'instituant jettant les fondemen du mariage, & de l'établissement de l'institué, a voulu pourvoir non seulement à luy, mais à ses enfans, sans qu'il soit besoin de dire, que les Arrests ont jugé, que cela se soit fait par droit de transmission, ni même de representation. Et premierement, la transmission se fait d'une succession échûë, lorsque l'heritier vient ensuite à deceder, auquel cas, quoiqu'il ne se soit pas encore porté heritier, & que ce soit une maxime que *hereditas non adita non transmittitur* : neanmoins on admet les enfans de l'institué à recueillir les biens contenus dans l'institution, *L. un. §. novissimo C. de cad. toll. L. un. C. de his qui ante apertas tab. decess.* Ainsi comme nous présupposons icy le prédecés de l'heritier contractuel, ce n'est point le veritable cas de la transmission, qui ne se fait que des droits déja échûs. D'ailleurs, l'on n'a donné atteinte à cette regle, qui dit, que *hereditas non adita non transmittitur*, qu'en faveur des enfans, & petits-enfans, en quoy l'on a consideré la liaison qu'il y avoit entre le testateur & les enfans de son fils, qui est son heritier institué ; au lieu que selon les Arrests, nous admettons les enfans de l'heritier contractuel, qui est decedé avant le donateur, encore même que l'institution soit faite en ligne collaterale, ou même par un étranger : car l'Arrest d'Albiat du 16. Juillet 1613. qui est rapporté dans tous les livres, & principalement dans Monsieur le Bret, part. 1. liv. 3. décis. 3. & dans une annotation sur le chap. 90. de la seconde Centurie de Monsieur le Prestre, & par Maistre Jean Marie Ricard, part. 1. nomb. 511. des Donations, enfin, par Maistre Julien Brodeau, sur la Lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 9. Art. 6. estoit dans l'espece d'une institution contractuelle faite par un oncle au profit de son neveu, lequel estant decedé avant luy, ses enfans furent admis à recueillir les biens contenus en l'institution. Ainsi il n'est pas trop regulier d'appeller transmission ce que nous admettons contre toutes les Loix de la transmission : ou il faut avertir au moins, si on ne se veut point éloigner de l'usage, que ce sera une transmission fort improprement dite.

35. Qu'il faut dire seulement que les enfans de l'institué sont appellez sur le fondement de la volonté.

Ce que cet Arrest, & ceux rapportez par Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 20. nomb. 4. ont jugé, n'est point non plus un droit de representation, par les mêmes raisons : mais j'estime, que les enfans de l'heritier contractuel ainsi prédecedé, ont esté appellez sur le fondement de la présomption de la volonté de celuy qui avoit fait l'institution, lequel est reputé avoir voulu pourvoir aux enfans qui naistroient du mariage, en faveur duquel il faisoit cette institution : ce qui fait qu'ils y viennent *jure suo*, & c'est pourquoy les parens collateraux de l'heritier contractuel n'ont pas ce droit ; parce que cette présomption n'est pas pour eux, ☞ & que l'enfant qui vient ainsi par transmission n'est point tenu, à raison de cette transmission, des dettes contractées par son pere, s'il n'est son heritier, parce qu'il est censé tenir l'institution de la liberalité & de la main de l'instituant, non de l'institué.]

36. Qu'ils viennent même dans les Coutumes qui n'admettent aucune representation.

Enfin, cette présomption milite si fort en faveur des enfans de l'institué, qu'elles les fait venir à son défaut, & en cas de son prédecés, dans les Coutumes même qui n'admettent aucune representation, dans lesquelles bien loin que la disposition de la Loy fasse cesser ce droit, qu'au contraire l'on doit présumer que le pere qui a fait l'institution contractuelle, l'a faite dans la pensée de jetter de solides fondemens du mariage de son fils, & d'assurer sa succession aux enfans qui naistroient de ce mariage, en cas que son fils decedast avant luy. Aussi, comme il vient d'estre montré, ce droit ne dépend point de la representation.

☞ Je vais plus loin, & estime que dans ces

Coutumes qui n'admettent aucune representation, comme celles de Boulenois, art. 76. de Ponthieu, art. 8. d'Artois, art. 93. du Comté de Hainaut, chap. 90. art, 5. & où le droit d'aînesse passe de l'aîné prédecedé au second fils, au préjudice des enfans de l'aîné, l'aîné heritier institué par son contrat de mariage venant à mourir avant le pere, qui l'a institué, ses enfans succederont à son droit d'aînesse, aussi-bien qu'au reste de sa part hereditaire, parce que la transmission, si l'on peut icy user de ce nom, ne se divise point, & elle se fait pour tout ce que celuy qui transmet auroit eu s'il avoit vécu : Ainsi les enfans de l'aîné auront une part d'aîné en vertu de son institution, & le pere est censé avoir voulu corriger absolument la dureté de la Coutume, & rétablir la representation avec tous les droits de la personne representée, & soûtenir la branche de l'aîné par tous les avantages que la Coutume luy donnoit à luy-même. C'est pourquoy les petits-fils auront le droit d'aînesse. L'on ne peut point objecter que cette transmission opere dans ces Coutumes une translation du droit d'aînesse, de la personne de celuy qui doit obtenir ce droit aux termes de leur disposition en la personne de ses neveux : car ce n'est pas tant une translation qu'une fixation du droit d'aînesse dans la branche de l'aîné, qui en avoit esté déja saisi de son vivant, par la fiction que la Loy souffre en ligne directe.

Cette volonté présumée du pere qui a fait l'institution, fait aussi venir les enfans de l'institué avec un degré superieur, quoiqu'ils ne soient pas dans les termes de representation, ce qui s'est présenté en cette espece. Un oncle en mariant son neveu luy avoit fait plusieurs avantages, outre lesquels il l'avoit institué son heritier contractuel pour venir avec les autres heritiers, qu'il auroit lors de son decés. Il arriva que ce neveu mourut avant son oncle, & laissa des enfans qui lors de la mort de leur grand oncle se trouverent en concurrence avec d'autres neveux d'une autre branche, ceux-cy prétendoient exclure ces arriere-neveux, comme n'estant point compris dans la disposition, & estant hors des termes de representation, & la question principale estoit, supposé qu'ils pussent venir à la succession, quelle part ils auroient, & s'ils viendroient par testes, ou par souches : & il fut répondu que ces arriere-neveux profiteroient de la part que leur pere auroit euë, s'il avoit vécu.

17. Si l'institué qui prédecede, faisant un fils son legataire universel, celuy-cy profite de l'institution, ou si tous les enfans ensemble en doivent profiter.

On demande si l'heritier institué ayant disposé du tiers de ses biens au profit d'un de ses enfans, & estant decedé avant l'instituant, le legataire universel, ou tous les enfans profitent de l'institution.

Pour établir que son legataire universel profite seul de cette institution, on dira que cette institution fait partie de ses biens lors de son decés, parce qu'elle l'a saisi d'un droit irrévocable de pouvoir estre heritier s'il le veut : lequel droit il laisse à son legataire universel : La faculté qu'a l'instituant de pouvoir aliener, affecter & hypotequer, ne retranche rien de ce droit certain qu'a l'institué de pouvoir en prendre, s'il y en a lors du decés de l'instituant : c'est en cela que se trouve la tradition de l'instituant : *satis est quod sub conditione possit afferre commodum*, dit Maître Charles du Molin. Ainsi l'institué estant saisi de ce droit, l'a pû leguer à un fils.

Au contraire, pour établir que le droit appartient à tous les enfans, non au legataire universel seulement, on dira que le testateur n'a pas pû leguer ce qu'il n'auroit pas pû transmettre à des heritiers collateraux : or s'il estoit decedé *ab intestat*, il n'auroit pas pû transmettre ce droit à des heritiers collateraux ; par consequent il ne l'a pas pû leguer. La preuve qu'il n'auroit pas transmis ce droit à des heritiers collateraux, est que non-seulement la transmission ne peut estre que d'un droit échû ; au lieu qu'il s'agit d'une succession future ; mais que dans l'usage on n'appelle à la succession de l'instituant que les seuls enfans de l'institué, soit qu'ils soient petits-fils ou étrangers à l'instituant. D'où il faut conclure que les enfans de l'institué ne venant ici que par la présomption de la volonté de l'instituant, ils tiennent de luy la chose, non de l'institué, & par conséquent que la succession ne peut pas entrer dans un legs que fait l'institué; mais qu'elle appartient entiere à tous les enfans de l'institué *jure suo*, & par la volonté de l'instituant. Ce dernier avis est le plus regulier, & établit une difference entre les institutions, & les donations des biens presens & à venir : car comme dans celles-cy les collateraux mêmes succedent en cas de prédecés, aussi elles se peuvent comprendre dans un legs universel, nonobstant le prédecés du donataire, parce qu'il est saisi bien plus irrévocablement que l'institué, & que même on luy permet de diviser.]

18. Recapitulation.

Il est donc important de remarquer ce qui vient d'estre dit, que jamais l'effet de l'institution, en cas de prédecés de l'institué, ne passe à d'autres heritiers, que les enfans de l'institué, soit que l'institution soit faite en directe; soit qu'elle soit faite en collaterale, soit entre étrangers; mais que pour sçavoir si cet effet passe aux enfans du même institué, quoique cela soit bien plus certain quand l'institution est faite en directe, que quand en collaterale; neanmoins il est toûjours vray de dire, qu'il passe aux enfans, soit que l'institution soit faite en collaterale, soit entre étrangers, par la raison cy-dessus expliquée, que celuy qui pourvoit à l'établissement & au mariage d'un étranger, a dessein de soutenir les enfans qui naistront de ce mariage : & par la raison contraire, les heritiers collateraux de l'heritier contractuel qui est prédecedé, sont exclus de la succession de l'instituant.

Quelques-uns ont conclu de ce principe, que quand l'instituant a attaché son institution & sa liberalité à une qualité certaine, par exemple, quand il a institué le fils aîné mâle, qui viendra du mariage, la transmission au profit des enfans de l'institué, qui n'est fondée que sur la présomption de la volonté, n'aura lieu qu'au profit des enfans qui auroient la même qualité, & au profit des mâles en l'exemple proposé, c'est le sentiment de du Perrier, en ses quest. liv. 4. qu. 6. ce qu'il a dit aprés Berengarius Fernandus, *de matrim. ad morganat. contr.* Mais je ne n'estime pas que cela dût estre suivy dans nos Coutumes, où nous avons des exemples contraires, puisque dans celles où le droit d'aînesse n'est établi que pour l'aîné mâle, en cas de prédecés de l'aîné, il ne laisse pas d'avoir lieu en faveur de ses enfans de l'un & de l'autre sexe; & dans les Coutumes où les filles dotées sont excluses de la succession en faveur des mâles, les filles des mâles prédecedez profitent de cette exclusion. Aussi l'instituant qui a appellé dans cette espece l'aîné mâle qui viendroit du mariage, a voulu pourvoir à toute la branche, & à toute la posterité de cet aîné mâle de quelque sexe qu'elle fût.

19. Si l'heritier contractuel peut renoncer.

On demande derechef si celuy qui a esté institué heritier par son contrat de mariage, peut renoncer à la succession quand elle est échûë? Et il faut dire qu'il le peut, parce qu'il n'estoit pas en état

état d'accepter la succession lors de l'institution : puisqu'elle n'estoit pas encore ouverte, & il n'a contracté que sur la faculté d'estre heritier, s'il le veut, c'est-à-dire, qu'il a esté mis en la place d'un heritier présomptif, avec tout droit du déliberer & de renoncer, & c'est la decision de l'article 34. du titre 14. des Donations de la Coutume d'Auvergne. Neanmoins si quelqu'un a fait son heritier contractuel de la personne de celuy qui estoit *ab intestat* son unique heritier, & cela, sous quelque condition particuliere, je n'estime pas qu'en ce cas, il soit permis à l'heritier institué de declarer qu'il accepte la succession, non en vertu de l'institution, mais par droit du sang, & *ab intestat*; parce qu'il y auroit du dol dans la conduite de cet heritier d'avoir lié les mains au donateur par l'acceptation de son institution contractuelle, qui l'empêchoit de disposer par testament, & en conservant cet effet de l'institution de s'aviser aprés cela de renoncer à l'institution même, & de vouloir venir *ab intestat* : afin de se dispenser de la condition, ce qui est précisément contre l'Edit, *si quis omissa causa testamenti* : & cela merite d'estre observé, ne l'ayant pas esté jusqu'à present.

40. Exception remarquable.

41. Si l'heritier contractuel qui n'a point fait inventaire est tenu ultrà vires.

Que dira-t-on au cas que l'heritier contractuel se soit mis en possession des biens de la succession, sans en faire inventaire, sera-t-il tenu indéfiniment des dettes comme un heritier pur & simple, ou seulement à proportion de l'émolument; comme un donataire ou un legataire universel ? Et il semble qu'il en soit tenu indistinctement, parce que cela est attaché à la qualité d'heritier; laquelle produit une representation absoluë de la personne du défunt. Aussi l'article 34. du titre des Donations de la Coutume d'Auvergne, qui vient d'estre cité, dit que *l'heritier institué par contrat de mariage est tenu de toutes charges hereditaires du défunt, tant* activè *que* passivè, *comme seroient heritiers* ab intestat.

Raisons pour la negative.

D'autre part l'on peut dire que l'heritier contractuel ne doit estre consideré que comme un donataire ou un legataire universel, lequel par le seul défaut d'inventaire, n'est pas tenu des dettes indistinctement suivant la plus commune opinion. Car il est constant, que le titre de l'heritier institué est une liberalité, ce n'est point la Loy qui le défere, c'est la volonté de celuy qui fait l'institution; aussi cette institution se peut faire au profit d'une personne étrange. Le veritable heritier parmi nous est celuy que la Loy declare tel. C'est pourquoy les donations en avancement d'hoirie, ni les promesses de conserver une part en la succession, ou d'égaler aux autres enfans faites par contrat de mariage, ne sont reputées autre chose que de veritables donations, qui participent des donations entre-vifs & testamentaires, & lesquelles on doit présumer que le donateur n'a pas voulu rendre plus onereuses que profitables au donataire. Aussi dans les Coutumes qui disent, que l'on ne peut faire par donation ou autrement, que les deux parts de son heritage ne viennent délivrement à son heritier présomptif, comme la Coutume de Poitou, art. 203. l'institution contractuelle faite au profit d'un étranger, ne pourroit pas comprendre la totalité des propres. Ainsi elle seroit considerée comme une donation, & non pas comme une succession.

Enfin, la Loy qui rend l'heritier pur & simple sujet à toutes les dettes indistinctement, faute d'avoir fait inventaire, n'est point faite pour celuy qui ne tient le titre d'heritier que de la liberalité du défunt, & non point de la disposition de la Loy; & ces deux titres d'heritier par la Loy, & d'heritier par la disposition du défunt, ne peuvent concourir en un même sujet, parce que ce sont deux titres lucratifs & deux titres universels, qu'il y a de la contradiction d'accumuler. Celuy qui est heritier pour le tout en vertu de la disposition du défunt, auquel il doit sa vocation à la succession, ne pouvant pas aussi estre heritier pour le tout en vertu de la disposition de la Coutume; parce qu'il n'y a rien de plus dans un titre universel que dans un autre.

Que si l'on objecte que la Loy *Scimus C. de jure de lib.* comprend toute sorte d'heritiers, l'on répond, 1. Que l'heritier contractuel n'y peut estre compris, puisque les institutions conventionnelles n'avoient point lieu dans le Droit. 2. Que dans nôtre usage ce n'est point un veritable heritier, mais un donataire universel; parce que la qualité d'heritier ne dépend point chez nous de la convention, mais de la Loy. Et à proprement parler, nous n'avons qu'un seul heritier, qui est l'heritier *ab intestat*. 3. Que c'est même une maxime, que les peines qui sont établies par la Loy *Scimus*, ne s'étendent point hors le cas de cette Loy; c'est ainsi que l'on juge, que l'heritier, qui ne fait pas faire inventaire, ne doit pas estre privé de sa Trebellianique, ni de sa legitime, suivant ce qui sera expliqué au Chapitre du benefice d'inventaire.

Raisons pour l'affirmative.

Quoiqu'il faut demeurer d'accord que cette question a ses difficultez, l'on peut dire neanmoins qu'à l'envisager sans trop subtiliser sur la matiere, on se laisse aisément persuader que celuy qui se porte heritier, quoiqu'en vertu d'une institution contractuelle, est obligé indistinctement aux dettes, s'il ne fait inventaire. Le nom d'*heritier* est le fondement de cette obligation indéfinie, & si l'on considere l'intention de celuy qui a fait l'institution, l'on conclura, que puisqu'il a mieux aimé faire une institution contractuelle qu'une donation universelle; il a souhaité que son heritier fût chargé des obligations d'un veritable heritier, qu'il representast sa personne, & qu'il fût tenu personnellement & indistinctement de toutes les dettes, aussi l'acceptation indéfinie de l'heritier dans son contrat de mariage, & celle qu'il a reïterée depuis le decés, est une preuve qu'il s'est attendu, & qu'il s'est soumis à toutes les suites d'un addition pure & simple, puisqu'il a negligé le remede du benefice d'inventaire.

En second lieu, le privilege que l'on a accordé aux contrats de mariage de pouvoir estre susceptibles d'une institution contractuelle, seroit illusoire, si l'heritier institué dans un contrat de cette sorte n'estoit pas un veritable heritier, & si on le consideroit comme un donataire universel des biens presens & à venir; & ce seroit inutilement que l'on auroit établi que les institutions contractuelles n'auroient lieu que dans les contrats de mariage, & cela, par une prerogative de ces sortes de contrats, si elles n'estoient que de veritables donations. Car à quoy bon cette nouvelle formalité sans un nouvel effet ? Et si on ne se pouvoit pas faire representer par un heritier, qui fût tenu de toutes les obligations qu'on avoit contractées; & qui pût honorer vostre memoire par un addition pure & simple, ou se précautionner du benefice de la Loy. C'est pourquoy l'on peut dire, que de se relâcher de

la rigueur de la Loy *Scimus C. de jure delib.* à l'égard de l'heritier contractuel, c'est effacer cette sorte d'institution, & détruire cet ouvrage de nôtre Jurisprudence.

En troisiéme lieu, il y a même quelques Coutumes qui permettent à l'heritier contractuel de se porter heritier beneficiaire, ce qu'elles feroient inutilement, si sans cette formalité même il n'étoit jamais tenu *ultra vires*. Telle est la Coutume d'Auvergne, tit. 15. des associations, art. 8. & tit. 12. des Secessions, art. 39. & celle de Bourbonnois, art. 223. Et d'ailleurs les mêmes Coutumes permettent à l'heritier naturel, en se portant heritier pur & simple, d'exclure le conventionnel qui se porte heritier beneficiaire, ce que nous expliquerons au Chapitre du Benefice d'Inventaire, & ce qui fait voir que l'on traite en toutes choses l'heritier conventionnel, comme un heritier ordinaire.

Enfin, il n'est point vray de dire que dans cette derniere opinion l'on étende des peines établies contre ceux qui negligent le benefice d'inventaire: parce que, 1. la Loy *Scimus* n'est point une Loy penale; car il estoit du Droit commun que tout heritier fût tenu indistinctement des dettes, mais cette Loy est survenuë, laquelle a établi un passe-droit dans le benefice d'inventaire, en laissant aux particuliers la liberté de s'en servir, ou de le negliger; ensorte que celuy qui le neglige ne subit pas une peine inventée par une nouvelle disposition, mais perd un avantage & un privilege établi par une nouvelle Loy. Quelle difficulté y a-t-il donc de dire, que l'heritier contractuel, qui neglige de faire inventaire, est obligé indistinctement aux dettes aussi bien que tout autre heritier, & cela se peut-il appeller une extension d'une Loy penale?

Et pour ce qui concerne le plus ou le moins de ce qui peut estre donné par une institution contractuelle, je ne doute pas que dans la Coutume de Poitou, qui use de termes si prohibitifs, & qui desire si absolument en l'art. 203. que les deux tiers des propres soient conservez à l'heritier présomptif, l'institution contractuelle faite de la personne d'un étranger, ne pourroit pas exceder le tiers des propres. Mais supposé même que cela ait lieu dans les autres Coutumes qui limitent aussi la donation entre-vifs à l'égard des propres, sans user des termes si prohibitifs, comme dans la Coutume de Blois, laquelle en l'art. 167. dit purement & simplement, que l'on peut donner entre-vifs tous ses meubles & acquests, & la moitié de ses propres, cela n'empêcheroit pas que l'institution contractuelle ne fist un veritable heritier & non pas un donataire; car en ce cas, l'institué par contrat de mariage, sera heritier pour tout ce que la Coutume ne reserve pas à l'heritier naturel, & ils contribueront ensemble au payement des dettes indéfiniment au respect des creanciers, & entr'eux selon l'émolument.

42. Reflexion sur les diverses qualitez de nôtre institution. Je ne puis finir cette question sans faire une reflexion sur les differentes especes dont il semble que nôtre institution contractuelle soit composée. Car elle est donation entre-vifs quant à l'irrevocabilité, & en ce qu'elle ne peut estre reduite au quint des propres, ou telle autre quotité, dont il est permis de disposer par testament: & Monsieur Benoist, sur le chap. *Raynut. in verb. uxorem nomine Adelasiam decis. 5. n. 478.* en rend la raison, en disant que la convention de succeder estant adherente à un contrat entre-vifs, en prend en ce cas, les qualitez & les privileges, & qu'ainsi les Coutumes qui défendent de disposer par testament, sinon d'une certaine quotité, ne s'entendent pas d'une institution portée par un contrat de mariage, & cela même a un préjugé dans l'Arrest du 12. Mars 1680. rapporté dans le Journal du Palais, tome 8. ☞ Aussi ce qu'il y a de donation testamentaire dans l'institution, ne l'assujettit pas plus aux reserves coutumieres, que le rappel; & Maistre Charles du Molin explique sur l'article 231. de la Coutume du Maine, que le rappel estant fait *intra terminos juris*, a lieu *per modum successionis*, & par consequent n'est point sujet aux reserves des testamens. Il en est de même de la promesse d'égalité, qui approche fort de l'institution contractuelle, & en peut estre dite une espece, elle ne se reduit pas non plus aux meubles & acquests, & n'est point sujette aux reserves coutumieres imposées aux dispositions testamentaires.] Au contraire, quand il s'agit de la question de la transmission, elle n'est plus donation entre-vifs, parce qu'elle ne se transmet pas au profit de toute sorte d'heritiers, & ne passe aux enfans de l'institué, qui est prédecedé, que par une interpretation favorable, comme aussi elle est donation testamentaire en ce qu'elle n'empêche pas de disposer entre-vifs. Enfin, elle est succession quand il s'agit de sçavoir si l'institué est tenu *ultra vires*. Cependant toutes ces décisions sont veritables. Ainsi il est vray de dire, que cette institution est une donation partie entre-vifs, partie testamentaire, qui tend à faire un veritable heritier.

L'on peut encore proposer cette question. Un pere ayant marié son fils aîné, & l'ayant institué son heritier par son contrat de mariage, à la charge de donner à ses freres & sœurs leurs parts & portions; le fils aîné qui craignoit que son pere n'eût laissé quelque testament, & n'ayant pas interest de faire autrement, s'est declaré heritier en vertu de son institution contractuelle: Surquoy l'on demande si en donnant à ses freres & sœurs leurs part & portions, il retiendra par ses mains son droit d'aînesse; ou s'il leur doit des portions égales? Et la raison de douter est, que ceux qui sont instituez heritiers purement & simplement, sont présumez l'estre pour des portions égales, *L. 10. & 11. ff. de hered. instit.* Il faut dire neanmoins que le fils aîné aura son droit d'aînesse, & qu'il ne doit à ses freres & sœurs, que telles parts & portions qu'ils auroient euës *ab intestat*: parce qu'en ce cas, l'institution est un avancement d'hoirie & une assurance de la succession future. C'est ainsi que quand un pere legue à son aîné sa part afferante, quoiqu'il vienne en execution du testament; neanmoins il aura son droit d'aînesse: parce qu'il est legataire de ce qu'il auroit eu *ab intestat*, & en tous ces cas la succession *ab intestat* détermine ce qui est compris dans le legs, ou dans l'institution contractuelle, avec cette difference qu'en matiere de legs le legataire ne sera pas tenu des dettes *ultra vires*. 43. Si un pere ayant fait un institution contractuelle au profit de son fils aîné, à la charge de restituer à ses freres & sœurs leurs parts & portions, l'aîné a droit de retenir son droit d'aînesse.

Enfin, l'on peut demander si la simple promesse d'instituer heritier, faite dans un contrat de mariage, vaut institution, & si elle en a toutes les prerogatives. Et il faut conclure pour l'affirmative, Maynard livre 5. chap. 90. parce que cette promesse estant faite dans un contrat de mariage est irrevocable, comme estant le fondement de l'établissement des conjoints. C'est ainsi que Maistre Charles du Molin a dit, sur l'article 55. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 82. que quelquefois la simple promesse de vendre vaut vente, & produit des droits Seigneuriaux, *scilicet si verba obligativa & mens referantur ad actum præsentem, & omnia ad substantiam actus requisita præsto sint: Quia tunc licet inserantur* 44. Si la promesse d'instituer heritier faite dans un contrat de mariage, vaut institution.

verba sonantia in futurum : ut promitto talem rem tanti vendere, tradere & intra tot dies instrumentum authenticum sub tali sigillo puta Parisiensi conficere : nihilominus celebratur actus ac præsenti, attenta intentione partium, dispositione & capacitate materiæ subjectæ. Mais il y a un exemple dans la matiere des renonciations à successions futures, qui approche beaucoup plus de nostre espéce : car si une fille promet par son contrat de mariage de renoncer aux successions futures de ses pere & mere, cette promesse est une veritable renonciation, comme il a esté jugé par Arrest du 14. Juillet 1635. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 17. Arr. 6.

45. Des substitutions contractuelles. A l'égard des substitutions contractuelles, il a esté remarqué cy-dessus, qu'elles sont autorisées par l'Ordonnance ; puisque l'article 59. de l'Ordonnance d'Orleans, & l'article 57. de celle de Moulins, reglant les degrez de ces substitutions, aussi-bien que des testamentaires, les autorisent suffisamment. Mais par la même raison que l'institution contractuelle ne se peut faire ailleurs que dans un contrat de mariage, ni au profit d'autres personnes, que des mariez, ou de leurs descendans, il faut dire régulierement la même chose de la substitution contractuelle, qui est une seconde institution. Que si elle estoit faite au profit d'une personne estrange à l'institué, ou d'un collateral de l'institué, elle ne pourroit valoir, que comme une condition de l'institution, & seroit revocable, quoique l'institution ne la fût pas. De même, si la substitution estoit faite hors contrat de mariage, & dans une simple donation entre-vifs, elle seroit encore executée comme condition, mais seroit encore sujette à estre revoquée, à moins que l'on eust substitué les enfans de l'institué : auquel cas l'acceptation du donataire concerne toute la donation, & particulierement la substitution, qui luy est avantageuse, & qu'il a droit d'accepter ; parce qu'elle est faite au profit de ses enfans : Or sous le mot de *substitution* nous entendons icy non seulement la vulgaire, qui est une veritable institution, & dans laquelle le substitué ne vient qu'au défaut de l'institué, dont l'addition feroit cesser cette substitution, le substitué succedant immediatement au testateur & non à l'institué ; mais nous entendons encore la fideicommissaire, dans laquelle le substitué prend les biens de la main de l'institué, suivant la Loy *Generaliter 6. §. cum autem C. de instit. & substit.* qui fait voir, que dans le Droit, aussi-bien que dans nostre usage, le mot de *substitution* est un terme commun, pour la vulgaire & la fideicommissaire.

Il a même esté jugé par les Arrests, que dans les Coutumes, qui reprouvent les substitutions testamentaires, comme celles de la Marche article 255. de Bourbonnois article 324. de Nivernois chapitre 33. des testamens article 10. d'Auvergne chap. 12. des Successions article 53. lesquelles ne s'entendent que de la substitution fideicommissaire, la vulgaire estant plûtost institution que substitution, nonobstant cette prohibition, on ne devoit pas laisser d'admettre la substitution contractuelle, qui se fait par contrat de mariage, & cela avec beaucoup de raison, puisque dans les Coutumes, lesquelles rejettent absolument l'institution d'heritier, ensorte qu'elle n'y a pas lieu, même par forme de legs, on ne laisse pas d'y admettre les institutions contractuelles, soit que ces Coutumes en ayent une disposition précise, soit qu'elles n'en fassent aucune mention. Ainsi on ne fait pas de difficulté de l'admettre à Blois, à Montargis, & à Senlis : quoique l'article 137. de la Coutume de Blois, l'article 1. du chapitre 13. de celle de Montargis, & l'article 165. de celle de Senlis, reprouvent l'institution testamentaire. Et tout cela est fondé sur la faveur extrême des contrats de mariage, qui est égale dans nostre Droit à celle des testamens dans le Droit Romain. L'on s'est encore fondé sur une autre raison, qui est que ces Coutumes en ne condamnant que les substitutions testamentaires, semblent avoir approuvé les contractuelles, qui sont d'un ancien usage parmy nous : comme il a esté observé au commencement de ce Chapitre. Maistre Julien Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet, nomb. 9. Arr. 11. certifie, que c'est l'un des chefs jugez par l'Arrest du Jeudy 9. Juillet 1637. qui confirme la substitution faite par le sieur de Chabannes, de la Terre de Carbon située en la Coutume d'Auvergne, par le contrat de mariage du sieur de Chabannes son fils aîné, quoiqu'il vient d'estre observé que la Coutume d'Auvergne prohibe la substitution testamentaire. 46. Si les substitutions contractuelles ont lieu dans les Coutumes, qui défendent les testamentaires.

CHAPITRE III.

Des adoptions & affiliations.

SOMMAIRE.

1. *De la fin principale des adoptions.*
2. *Partage de la matiere.*
3. *Deux sortes d'adoptions dans le Droit Romain, deux sortes dans le Droit François.*
4. *Des affeciations, unions ou appareillements.*
5. *Qui peut adopter dans l'un & dans l'autre Droit.*
6. *Si les femmes.*
7. *Si les impuissans.*
8. *Si un plus jeune pouvoit adopter un plus vieux.*
9. *Si celuy qui n'a point de femme peut adopter.*
10. *Si un aveugle.*
11. *Si un absent.*
12. *Si le tuteur peut adopter son pupille.*
13. *Qu'en Droit l'arrogation ne se pouvoit faire qu'avec connoissance de cause.*
14. *Le fils adoptif une fois émancipé, ne peut pas estre adopté derechef.*
15. *Quels consentemens étoient necessaires dans les adoptions.*
16. *Quels consentemens dans nostre Droit.*
17. *Arrest pour l'Hostel-Dieu de la Charité de Lyon.*
18. *Forme des adoptions dans l'un & l'autre Droit.*
19. *Si les affiliations doivent estre insinuées.*
20. *Des effets des adoptions. Partage.*
21. *Quant à la puissance paternelle.*

22. *Quant aux droits d'agnation.*
23. *Quant au droit de succeder, & premierement à l'égard du fils de famille donné en adoption.*
24. Quid *à l'égard du pere de famille adopté.*
25. *Autres differences entre le pere de famille, & le fils de famille adoptez.*
26. *De la succession du fils adoptif dans nostre Droit.*
27. *De l'affilié gratuitement, ou* aliquo dato, *& du subrogé.*
28. *De l'inexecution de l'apport promis.*
29. *Plusieurs differences entre l'affilié & le subrogé par échange.*
30. Quid *si le copermutant meurt sans enfans.*
31. *Autres differences entre l'affilié & le subrogé.*
32. *Quel préjudice l'adoptant peut faire à l'adopté.*

1. De la fin principale des adoptions.

L'Usage ordinaire des adoptions est de se faire un heritier de son nom. Ce fut ainsi qu'Auguste estant adopté par Jules Cesar, commença de s'appeller *Julius Cæsar Octavianus*, c'est pour cela qu'on les a appellées des remedes de la fortune, & plus proprement des remedes de la nature, car la premiere intention des Loix fut de permettre d'adopter à ceux seulement qui n'esperoient plus d'enfans naturels, & sur ce fondement l'on reprochoit à l'Empereur Claude, qui avoit des enfans, d'avoir adopté Neron; mais l'on découvrit dans la suite, que cette fin principale se trouvoit intervertie dans plusieurs adoptions, & notamment dans celles qui se faisoient de personnes qui n'estoient point auparavant sous la puissance d'autruy, le pere adoptif songeant plûtost à se préparer la succession de son fils qu'à luy assurer la sienne. A quoy l'on pourvut à l'égard des impuberes qui seroient ainsi adoptez, en obligeant le pere de donner caution, qu'en cas que son fils adoptif mourût impubere, il rendroit ses biens à ses heritiers naturels.

2. Partage de la matiere.

Quoique les adoptions ayent esté de tout temps en usage chez la plûpart des nations, la nostre ne les a point conservées, n'y ayant que quelques-unes de nos Provinces qui pratiquent les affiliations, ou associations, comme la Xaintonge, le Berry, le Bourbonnois, le Nivernois. Et c'est pour elles principalement que nous parlerons icy des adoptions, en examinant, 1. combien il y a de sortes d'adoptions. 2. De quelle maniere elles se font. 3. Quels sont leurs effets.

3. Deux sortes d'adoptions dans le Droit Romain, deux sortes dans le Droit François.

Il y avoit dans le Droit deux sortes d'adoptions, l'une des fils, & l'autre des chefs de famille; c'est-à-dire, de ceux qui n'estoient pas sous la puissance de leurs parens. La premiere s'appelloit proprement *adoption*, & se faisoit lorsqu'un pere donnoit son fils en adoption à un autre, & la seconde s'appelloit *arrogation*; parce que l'on interrogeoit celuy qui adoptoit, & celuy qui estoit adopté, pour avoir leur consentement au sujet de l'adoption, *L. 2. ff. de adop.* Dans les Provinces du Royaume dont il vient d'estre parlé, il y a des adoptions pures & simples, qui se font, ou liberalement par le pere adoptif, ou moyennant un certain apport de la part du fils adoptif, & il y en a qui se font par subrogation, dans lesquelles l'on subroge un enfant adoptif à la place d'un naturel, & l'on verra dans la suite, que les effets de ces adoptions sont bien differens. Enfin, il y a dans ces Provinces des associations qui équipollent à peu prés aux adoptions. Il se fait aussi en certains endroits des

4. Des associations unions ou appareillemens.

unions ou appareillemens, dont le cas est qu'une mere qui se remarie stipule avec son nouveau mari, que ses enfans tant du premier que du second mariage, succederont également à elle & à ses deux maris, ou quand ce même pacte se fait avec un second mari, qui a aussi des enfans d'un premier mariage, que l'on fait entrer dans cette union, & qui y portent les biens de leur mere. Jacobus Richius, qui a fait un Traité exprés de ces adoptions, intitulé *de unione prolium*, dit que cela fut inventé autrefois dans ces Provinces, pour corriger la dureté de la Coutume, qui donnoit tous les biens immeubles que le mari ou la femme possedoient avant leur premier mariage, & ceux qu'ils avoient acquis durant le même mariage aux enfans du premier lit, & les biens échûs ou acquis durant le second mariage aux enfans du second lit, ou pour éviter les procés qui naissent entre divers lits pour les partages & les redditions de compte.

5. Qui peut adopter dans l'un & l'autre Droit.

Pour expliquer à present la maniere dont se faisoient autrefois les adoptions, & dont elles se font encore à present dans les Provinces qui les reçoivent, il faut examiner premierement qui pouvoit adopter. 2. Qui pouvoit estre adopté. 3. Quelles estoient les conditions & les formalitez des adoptions. Et dans la régle les femmes ne

6. Si les femmes.

pouvoient pas adopter; parce qu'elles n'avoient pas les enfans naturels sous leur puissance. le Prince neanmoins leur en accordoit quelquefois la permission, pour les consoler de la perte de leurs enfans. Il y en a un exemple en la Loy 5. *C. de adoption.* Mais dans les Provinces du Royaume où les affiliations sont reçûës, elles se peuvent faire indistinctement dans un contrat de mariage, soit par un homme, soit par une femme. Voyez Labbé sur l'article 7. du titre des Donations de la Coutume de Berry.

7. Si les impuissans.

L'on observoit encore dans le Droit que l'adoption devant imiter la nature, celuy à qui on avoit osté, en le coupant, l'esperance d'estre pere,

Utroque sub ictu
Abstulit officiumque patris, nomenque mariti.

ne pouvoit pas adopter, *L. 2. §. 1. & L. 40. ff. de adopt.* A plus forte raison celuy qui estoit impuissant naturellement. Mais Monsieur Conan en ses commentaires du Droit Civil, liv. 2. chapitre 15. est d'avis, que si quelqu'un s'estant marié, & ayant tâché d'avoir des enfans, est obligé, par quelque accident, de se faire couper; il ne laisse pas de pouvoir adopter: aussi cet accident ne feroit pas dissoudre son mariage.

8. Si un plus jeune pouvoit adopter un plus vieux.

Sur ce même fondement que l'adoption estoit une imitation de la nature, l'on ne pouvoit pas adopter un plus vieux que soy, & le pere devoit avoir le temps de la pleine puberté; c'est-à-dire, dix-huit ans plus que le fils adoptif, suivant la Loy *adrogato 40. §. 1. ff. de adopt.* ce qui estoit commun aux deux genres d'adoptions. Enfin, l'on ne pouvoit pas adopter pour un certain temps seulement, & le Jurisconsulte Paulus en rend cette raison en la Loy 34. du même titre, *Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

9. Si celuy qui n'a point de femme peut adopter.

L'on a encore demandé si celuy qui n'avoit point de femme pouvoit adopter, & le même Jurisconsulte décide en la Loy 30. que cela luy est permis, Monsieur Conan explique cette Loy en disant, que celuy qui n'a point de femme, & qui en a eu une peut adopter, mais que celuy qui n'en a jamais eu, ne le peut pas; parce que l'adoption ne doit pas venir au secours de celuy qui n'a jamais tenté de devenir pere, & *qui uxores*

habent, filios adoptare possint, interpretabimur ut ipsi possint adoptare, dummodo uxores aliquando habuerint, & hujus exceptionis justitia elucet in eo, quod adoptio reperta est, ut naturæ succurreret, & quod hæc vi sua non valeret succurrere, id legis beneficio haberet, &c. Cependant j'estime que celuy qui n'a jamais esté marié peut adopter; parce que la Loy 30. ne distingue point, & n'ajoute point cette restriction que Monsieur Conan y veut apporter; & il y avoit bien plus d'inconvenient de permettre d'adopter à ceux qui avoient des enfans naturels, qu'à ceux qui n'avoient jamais esté mariez, l'adoption, suivant la raison même de Monsieur Conan, n'estant qu'un moyen subsidiaire de conserver les familles.

10. Si un aveugle. On a aussi demandé si un aveugle pouvoit adopter, la raison de douter estant qu'il est difficile que celuy qui a perdu la vûë, ait une parfaite connoissance de ce qu'il fait, les yeux estant les premiers guides de l'entendement. Cependant la Loy 9. *ff. de adopt.* a décidé pour l'affirmative, & à juste titre, puisque ce n'est pas toûjours le rapport de ces organes qui détermine l'esprit, & que bien souvent il ne sert qu'à nous tromper, l'experience apprenant que l'aveugle est moins distrait, & plus attentif.

11. Si un absent. L'absent ne pouvoit pas adopter, & les solemnitez de l'adoption ne se pouvoient pas faire par Procureur, suivant la Loy 25. au §. 1. du même titre, parce qu'il y avoit une formule, qui se devoit proferer par les parties même.

12. Si le tuteur peut adopter son pupille. Le tuteur ne pouvoit pas adopter son pupille, de crainte qu'il ne le fist pour se déchager de rendre compte, *L. 17. ff. de adoption.* si ce n'est que la proximité & la parentelle, ou une sincere & une sainte affection le mît à couvert de toute sorte de soupçon, & cette exception est marquée en la Loy 17. & en la Loy 32. ff. & en la Loy 5. *C. de adoption.* La premiere de ces Loix, disant, *eorum duntaxat pupillorum adrogatio permittenda est his qui naturali cognatione, vel sanctissima affectione ducti, adoptarent: ne esset in potestate tutorum & finire tutelam, & substitutionem à parente factam extinguere:* & cette Loy ajoûte, qu'en ce cas, il falloit extrêmement éplucher & les mœurs, & l'âge, & les facultez du tuteur.

13. Qu'en Droit l'arrogat on ne se pouvoit faire qu'avec connoissance de cause. L'on devoit aussi observer ce qui vient d'estre dit, toutes les fois qu'un homme vouloit adopter un pere de famille qui n'estoit point encore sous la puissance d'autruy, impubere, ou non, *L. 15. §. 2. & 3. & L. 17 ff. de adoption.* soit que celuy qui vouloit adopter fust tuteur, ou non. Et dans cette discussion l'on souffroit difficilement que celuy qui avoit des enfans naturels, s'en fist d'adoptifs, *L. 17. §. 3.* ni que l'on adoptast, tandis que l'on pouvoit avoir des enfans naturels, & que l'on estoit audessous de soixante ans, *L. si pater familias §. fin. ff. de adoption.* L'on permettoit quelquefois à un homme peu accommodé d'en adopter un plus riche, pourvû que l'on fust persuadé qu'il y avoit chez luy de la frugalité, & de la bonne conduite, suivant la même Loy au §. 4. & en pareils cas l'on obligeoit le pere adoptif de donner caution.

Dans les commencemens l'on ne pouvoit pas même adopter un pupille, quoique son tuteur y donnast les mains. Et ce fut l'Empereur Antonin le Débonnaire, qui le permit le premier avec les précautions qui viennent d'estre dites, & à la charge que le pere adoptif donneroit caution de restituer les biens aux parens, en cas que le pupille decedast avant quatorze ans, *L. non aliter 16. ff. de adoption. & §. 3. instit. eod.*

Toutes ces formalitez de l'adoption des peres de famille, rendoient ce genre d'adoption d'un bien plus grand poids que l'adoption des fils de famille. La connoissance de cause & l'autorité du Prince qu'on y apportoit, en estoient le plus ferme appuy.

Le fils naturel qui avoit esté émancipé, pouvoit estre adopté par son pere, pour rentrer sous sa puissance, *L. 12. ff. de adoption.* mais le fils adoptif, une fois émancipé, ne pouvoit point estre derechef adopté; parce que c'eust esté multiplier les fictions, *L. adoptare 37. § 1. ff. de adoption.* Il n'y avoit même que l'adoption qui pût faire rentrer le fils naturel sous la puissance du pere, les émancipations devant estre absoluës. Et c'est sur ce fondement que l'on a soutenu parmy nous, qu'une veuve mineure, ayant esté une fois émancipée, & liberée de la puissance paternelle, par le moyen de son mariage, se pouvoit remarier valablement, sans le consentement de son pere. 14. Le fils adoptif une fois émancipé, ne peut pas estre adopté derechef.

A l'égard des conditions des adoptions, dans le Droit, l'adoption du fils de famille demande le consentement du pere naturel & du fils qui estoit donné en adoption, & l'adoption du pere de famille devoit se faire du consentement de l'adopté & de l'adoptant. *L. 5. ff. de adoption.* Mais celle-cy demandoit un consentement formel; au lieu que l'autre ne requeroit qu'un consentement présumé, *L. in adoptionibus L. si pater naturalis ff. de adopt.* d'où vient qu'un fils de famille encore en enfance pouvoit estre adopté, & non un pere de famille, *L. etiam & L. in adoptionibus ff. de adoption.* 15. Quels consentemens estoient necessaires dans les adoptions.

Si on adoptoit quelqu'un pour son petit-fils & comme né de son fils, le consentement du fils estoit necessaire, suivant la Loy 6. ff. & le §. 7. des Instituts *de adoption.* mais l'on pouvoit fort bien, n'ayant point de fils, se faire un petit-fils par adoption, suivant la Loy *adoptare 37. ff. eod.* Que si un pere ayant son fils & son petit-fils en sa puissance, donnoit son petit-fils en adoption, le suffrage du fils n'estoit pas necessaire.

L'adoption faisant une espece de parentelle entre l'adopté, & ceux qui estoient sous la puissance du pere adoptif, leur consentement n'estoit pas neanmoins necessaire, & quoique le fils adoptif fust reputé le frere de la fille naturelle, celle-cy n'étoit point appellée dans l'adoption, son suffrage y estant inutile, à plus forte raison la mere du pere adoptif, ni sa femme n'y devoient point consentir: car le fils adoptif ne les touchoit d'aucune parentelle, *L. 7. & 23. ff. de adoption.* L'adoption ne produisoit même que les droits de l'agnation, & non pas les droits du sang, comme il sera dit dans la suite. Aussi dans les Provinces du Royaume qui pratiquent les affiliations, l'affilié même par subrogation, que nous avons dit estre l'espece d'adoption la plus avantageuse, ne succede point aux parens collateraux de son copermutant, s'ils n'ont presté leur consentement à l'affiliation & subrogation, Bechet en l'usage de Xaintonge, la Thaumassiere en ses décis. liv. 4. chap. dernier. Et c'est ainsi que nous avons dit dans la matiere des legitimations par Lettres, que le legitimé ne succedoit point aux parens, qui ne se trouvant pas les heritiers présomptifs du pere naturel, n'avoient pas consenti à la legitimation. 16. Quels consentemens dans nostre Droit.

Quand il s'agissoit de faire valider par Lettres du Prince une adoption, qui n'estoit pas solemnelle, l'on prenoit, en ce cas, le suffrage des interessez. Et il y en a une preuve dans le Rescrit de l'Empereur Marc, rapporté en la Loy 39. *ff. de adoption.* De même, quand l'on vouloit adopter un impubere, qui n'estoit pas sous la puissance d'un pere: car alors l'on consultoit ses plus proches

parens pour sçavoir si l'adoption luy estoit utile, ce qui est preferit en la Loy 2. *C. de adoption.* qui dit, *impuberem quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi qui sanguinis necessitudine sibi junguntur, id ei expedire apud Præsidem Provinciæ confirmaverint, filium habebis.* Ce fut sur le fon-
17. Arrest pour l'Hôtel-Dieu de la Charité de Lyon.
dement de cette disposition, qu'en une cause du Rôle de Lyon, les parens collateraux du nommé Matthieu Coste, soûtinrent que l'Hostel-Dieu de la Charité de Lyon ne pouvoit profiter de sa succession, sous prétexte de l'adoption que les Directeurs prétendent sur tous les enfans qui sont renfermez dans cet Hôpital ; parce que cette adoption ne s'estoit point faite du consentement de la famille. Voyez Henrys, tom. 1. livre 6. chap. 6. qu. 35. Mais l'on ajugea neanmoins la succession à cet Hôpital, parce que les parens qui souffrent un enfant dans un Hôpital, sont présumez consentir à cette adoption.

Nos Ordonnances ont jugé en pareil cas, qu'il y avoit de l'indignité de la part des parens, qui se rapportent ainsi à la charité publique de la nourriture & de l'éducation de ceux que l'affection du sang les devoit obliger de secourir, & de proteger eux mêmes, & elles ont consideré cet abandonnement comme une espece de renonciation qu'ils faisoient aux droits du sang & de la parentelle. *Nec enim suum esse quis dicere poterit, quem pereuntem contempsit*, dit la Loy 2. *C. de infant. expos.* & nous en avons une du mois de Juillet 1566. par laquelle l'Hôpital du saint Esprit est fondé à succeder aux meubles, & choses reputées mobiliaires des enfans, qui ont esté recueillis dans cet Hôpital, sauf aux Juges de luy ajuger, outre cela, une partie des immeubles, selon les circonstances du fait, & l'indignité des parens. Ce qui a son fondement dans la Loy 3. *ff. de his quæ ut ind. aufer.* qui dit, *indignum esse divus Pius illum decrevit, qui manifestè comprobatus est, id egisse, ut per negligentiam & culpam suam: mulier à qua heres institutus erat, moreretur.* Et ce qui doit s'observer avec beaucoup de rigueur contre une mere, que la nature n'a pû instruire à aimer son propre sang, & qui n'a donné la vie à son enfant, que pour l'exposer aussi-tost à la perdre, par les suites d'un cruel abandonnement. ☞ C'est par cet Arrest qu'il en faut expliquer un précedent, qui est dans Papon liv. 21. tit. 1. Arr. 6. qui refuse à cet Hôpital la succession des enfans mineurs qui y decedent, ce qui se doit restreindre à la succession immobiliaire.] Mais plus l'on considere de pareils établissemens, plus l'on admire les avantages que la charité, laquelle la Religion nous impose, a toûjours eû sur l'humanité des Payens. L'on regardoit à Rome les enfans exposez, comme des joüets de la fortune, aussi elle les plaçoit selon son caprice, & si quelquefois ils luy servoient à remplir le vuide des premieres familles de l'Empire

Domibus tunc porrigit altis,
Secretumque sibi mimum parat,

quelquefois aussi elle en faisoit des esclaves, ces innocens ne rachetant souvent leur vie, qu'aux dépens de leur liberté, qui estoit le prix & la recompense de ceux qui avoient le soin de les recueillir. A la verité, Justinien voulut abolir l'usage d'une charité si mercenaire, *L. 3. & L. ult. C. de inf. expos.* On établit même en ce temps quelques Maisons pour recevoir les enfans exposez. Mais à nostre égard si nous avons toûjours eu des Loix & des Coutumes certaines, pour assurer la nourriture des enfans trouvez, jusqu'à en faire une charge de la Justice patrimoniale des Fiefs & des Seigneuries, nous n'avons point voulu pour cela, que ces enfans trouvassent au port de la vie, l'écueil de la liberté. Nous ne nous sommes non plus jamais servis de ces innocens pour en faire la matiere du crime de supposition de part, ç'a toûjours esté en France la charité, & non pas l'ambition qui les a élevez, & de plus, nos Hôpitaux n'ont pas esté faits pour fournir à ces enfans de simples alimens, mais pour leur donner une juste éducation, l'Hôpital dont je viens de parler, fut particulierement érigé à cet effet : & comme les Anciens, au rapport de Diodore, liv. 4. de ses Antiquitez, chap. 3. ont dit, que Junon toute offensée qu'elle estoit par la naissance d'Hercule, ne laissa pas de luy donner les premiers alimens de la vie, par le conseil de Minerve, dans un champ qui fut appellé pour cette raison, *le champ d'Hercule*, aussi la Religion reçoit dans cet Hôpital ceux mêmes, dont la naissance blesse sa pureté, elle en fait des enfans legitimes de cette sainte maison, & par le conseil de la charité, qui est nostre Minerve, elle leur influë dés leur naissance, dans une sainte éducation, tout ce qu'elle a de meilleur & de plus salutaire.

Pour ce qui est de la forme de ces adoptions elle estoit telle, que l'adoption du fils de famille se faisoit devant le Magistrat, *L. 2. ff. de adoption.* Mais celle du pere de famille s'estant fait au commencement dans l'assemblée generale du peuple, se fit depuis par l'autorité de l'Empereur, suivant la Loy 6. *C. eodem.* Quelquefois aussi l'on adoptoit un fils par un testament, & ce fut ainsi que Jules Cesar adopta Auguste. Enfin, les Empereurs faisoient quelquefois leurs adoptions en presence de l'Armée : ainsi Galba adopta Pison au milieu du camp, solemnité plus digne que celle qui s'estoit observée dans les premiers temps, d'adopter auprés d'un lit de parade, & avec l'appareil d'un accouchement. Les Loix des Lombards au Code des Loix anciennes, *lib. 2. tit. 16. de adoption.* portent, *qui filium legitimum non habuerit, & alium quemlibet heredem sibi facere voluerit coram Comite, vel coram Rege & Scabinis, vel Misso Dominico, qui tunc ad justitiam faciendam in Provincia fuerint ordinati, traditionem faciat.* 18. Forme des adoptions dans l'un & l'autre Droit.

Cassiodore, *lib. 4. var.* rapporte que Theodoric adopta Hercule dans le Camp. Pasquier, Recherches de la France, liv. 4. chap. 1. parle d'une autre formule d'adoption, qui se voit même dans nos Annales avoir esté observée par le Roy Contran, qui estoit de donner une hache à celuy qu'on adoptoit, pour luy indiquer de défendre par le fer la dignité dont on le faisoit heritier. Aymoinus, liv. 1. chap. 20. dit, que l'ancienne forme d'adopter chez les François, estoit de prendre celuy que l'on vouloit adopter par le menton, volontiers parce que cette caresse est ordinaire aux peres. Et à la fin, l'adoption s'est pratiquée par des Lettres du Prince : Et ce fut ainsi qu'Artus de Bretagne adopta Pierre, fils puiné du Duc de Bretagne son frere, en luy laissant les terres que son frere luy avoit données en Bretagne à titre de simple appanage, (ce qu'il ne pouvoit pas regulierement,) avec la Seigneurie de Parthenay en Poitou, qu'il tenoit de la liberalité du Roy Charles VII. & les Lettres de cette adoption du 24. Octobre 1428. ensemble, celles de confirmation par François, fils aîné & présomptif heritier de Jean Duc de Bretagne, avec la clause de pouvoir retirer, quand il voudroit l'appanage des Terres de Bretagne, sont rapportées par Chopin, sur la Coutume d'Anjou, livre 3. chap. 3. tit. 2. nombre 13. Mais dans les Provinces où l'on pratique les affiliations, elles

se font ordinairement comme nos institutions contractuelles par des contrats de mariage, comme il se voit dans Bechet en son usance; quoiqu'elles se peuvent faire aussi par de simples contrats pardevant Notaires.

19. Si les affiliations doivent estre insinuées. On a demandé dans ces mêmes Provinces si les affiliations estoient sujettes à estre insinuées, & quelques-uns de nos Docteurs François ont dit qu'elles y estoient sujettes; parce qu'ils ont crû, que les institutions contractuelles, ausquelles elles ressemblent fort, y estoient aussi sujettes; mais il semble que cet exemple n'appuye pas cette opinion: puisque les institutions contractuelles tiennent à peu prés autant des donations à cause de mort, que des donations entre-vifs, celuy qui les fait songeant à la mort, & ne craignant rien tant que ce moment auquel elles ont leur effet; outre qu'elles comprennent l'avenir, & n'ôtent point la faculté de disposer. C'est pourquoy Maître Jean Marie Ricard en son Traité des Donations, part. 1. nomb. 1147. de la derniere impression, a esté d'avis qu'elles n'estoient point sujettes à cette formalité.

Que si l'on considere la question en elle-même & indépendamment des institutions contractuelles, d'un côté l'on peut dire, que l'affiliation tient de la donation à cause de mort, parce que son principal effet est reservé aprés le decés de celuy qui affilie, & consiste à assurer au fils adoptif la succession pour le tout ou pour une certaine portion, mais d'autre part outre la tradition de Droit, qui est dans les affiliations, & l'irrevocabilité, qui resulte même de la qualité des contrats de mariage, où elles se font ordinairement. Il est certain qu'il y a un effet present dans les affiliations, c'est la possession de la qualité de fils, à laquelle même se peuvent trouver attachez les droits & les prerogatives des mâles: comme il arrive dans celles qui se font par subrogation: & du moment qu'elles sont faites, celuy qui est affilié peut se dire veritablement de la maison & de la famille, il en partage les honneurs, il en porte le nom, & joüit de son nouvel état; ce qui semble plus avantageux & plus present qu'une institution contractuelle, dont tout l'effet est reservé aprés le decés de l'instituant. Pourquoy n'appellera-t-on donc pas l'affiliation une veritable donation entre-vifs, puisqu'elle contient une tradition de droit & de fait? Ce qui doit avoir lieu principalement à l'égard des affiliations gratuites. Et passant plus avant, j'estime la même chose à l'égard de celles qui sont onereuses, & qui se font moyennan un certain apport que fait l'affilié; Car à ce titre même elles sont comprises dans l'article 132. de l'Ordonnance de 1539. même dans l'Ordonnance de Moulins. Que si dans l'usage l'on a voulu exempter les donations onereuses de cette formalité, à proportion de la charge, cela ne doit pas nous démouvoir en cette espece: puisque l'affiliation ne se peut pas diviser comme une donation à l'ordinaire, & l'on ne peut pas en reduire l'effet à proportion de la charge. La participation du nom & le droit d'agnation estant choses qui ne paroissent sujettes à aucune estimation.

La faveur même des contrats de mariage n'exempte pas les affiliations de la formalité dont il s'agit, puisqu'elles se font toujours par personnes qui ne sont point obligées de doter, & que les donations ordinaires faites par des étrangers dans des contrats de mariage, ne laissent pas de devoir estre insinuées.

20. Des effets des adoptions. Partage. Les effets des affiliations sont la partie principale de cette matiere. Et il les faut considerer par rapport à la puissance paternelle, aux droits du sang & de la parentelle, au droit de succeder, & aux honneurs & dignitez.

Il y avoit dans le Droit cette difference entre l'adoption du fils & l'adoption du pere de famille, que la premiere ne privoit point le pere naturel de sa puissance, pour la transporter au pere adoptif, au lieu que dans la seconde le pere adoptif acqueroit le droit de puissance paternelle, à laquelle les enfans que l'adopté avoit auparavant sous sa puissance devenoient soumis, *L. 2. §. 2. ff. de adoption.* La raison de cette difference estoit, que comme une simple émancipation faisoit évanoüir l'adoption, souvent l'adopté se trouvoit émancipé de tous côtez, & perdoit toute sorte de droit civils & naturels, *L. penult. C. de adoption.* au lieu que le pere de famille n'avoit rien à perdre du côté d'un pere naturel: c'est pourquoy l'Empereur Justinien voulut dans cette Loy, que tous les droits du fils de famille, que son pere donnoit en adoption, luy fussent conservez, mais comme il arrivoit souvent que le pere donnoit son fils en adoption à son ayeul maternel pour resserrer en quelque façon les liens de la parentelle, ou qu'estant luy-même émancipé, il le faisoit adopter par son propre pere, ayeul paternel de son fils, l'Empereur voulut excepter ces deux cas en ordonnant, comme il fit, que dans ces deux mêmes cas la puissance paternelle du fils de famille ainsi adopté, passeroit en la personne de l'ayeul: *In hoc casu quia in unam personam concurrunt & naturalia & adoptionis jura, maneat stabile jus patris adoptivi & naturali vinculo copulatum & legitimo adoptionis modo constrictum.* Et cette nouvelle puissance duroit jusqu'à l'émancipation, lors de laquelle le fils retomboit en la puissance de son pere. (21. Quant à la puissance paternelle.)

Quoique le fils de famille donné en adoption, ne fût pas sous la puissance du pere adoptif, il luy devoit les respects ordinaires d'un veritable fils, & il ne le pouvoit pas citer en jugement, sans en obtenir la permission, non plus qu'une mere, ou un pere naturel qui a émancipé, suivant la Loy derniere *C. de in jus vocando.*

Un pere ayant adopté un autre pere de famille pour petit-fils, comme né de son fils qui avoit consenti à l'adoption, & venant ensuite à deceder, l'adopté retomboit sous la puissance du fils, autre chose si le fils n'avoit pas consenti à l'adoption. *L. 11. ff. de adoption.*

Le pere adoptif en donnant derechef son fils en adoption à un autre, ce qui se pouvoit aux termes du §. 8. des Institutes *de adoption.* luy transferoit la puissance qu'il pouvoit avoir, suivant la distinction cy-dessus.

Suivant cette même distinction, un fils de famille qui avoit esté donné en adoption, acqueroit pour le pere naturel & non pour l'adoptif; *L. penult. C. de adopt.* Enfin, ses enfans demeuroient sous la puissance de leur ayeul naturel.

Il s'ensuit encore de ces principes, que le pere, qui donnoit son fils en adoption, n'estoit point présumé l'émanciper: puisque quand même il le donnoit à son ayeul paternel ou maternel qui venoit à l'émanciper, le fils retomboit, comme nous avons dit, sous la puissance du pere. Ce qui s'observe encore dans nos Provinces, qui reçoivent les affiliations, où le fils donné en adoption à un étranger, n'est point reputé émancipé, si ce n'est que l'affiliation soit faite par subrogation.

Le second effet de l'adoption estoit, de produire les droits d'agnation, envers ceux qui étoient de la famille du pere, & qui portoient son nom, luy estant conjoints par les mâles. Ainsi le 22. Quant aux droits d'agnation.

fils adoptifs estoit reputé frere des enfans naturels du pere adoptif, mais il n'estoit pas reputé fils de sa femme, ni petit-fils de sa mere, *L. 3. ff. de adoption.* Il ne touchoit en rien à la petite-fille née de la fille de son pere adoptif, & même il la pouvoit épouser; parce qu'elle suivoit le nom & la famille de son pere, & non de sa mere : comme il n'estoit point reputé parent de la fille de sa sœur adoptive, par la même raison, & parce que nul ne peut devenir oncle maternel par une simple adoption, comme aussi il ne touchoit point de parentelle à la sœur uterine de son pere adoptif ni à sa tante maternelle, & se pouvoit remarier avec elles. D'autre part, celuy que le fils émancipé adoptoit, ne devenoit point le petit-fils du pere de l'émancipé, parce que l'émancipé estoit hors la famille, *L. 26. ff. de adoption.* Et la raison generale de toutes ces dispositions estoit, que l'adoption ne se permettoit qu'en faveur du nom & pour la conservation de la famille. Ainsi elle ne devoit rien produire au respect de ceux qui estoient d'un autre nom & d'une autre famille.

23. Quant au droit de succeder, & premierement à l'égard du fils de famille donné en adoption. Le troisiéme effet concerne le droit de succeder, & le fils de famille que son pere naturel avoit donné en adoption, succedoit comme un autre enfant au pere adoptif, *L. penult. de adoption.* excluant les ascendans, les collateraux & la femme du pere adoptif, ce qui n'empêchoit pas qu'il ne succedât aussi à son pere naturel; mais avec cette difference, que le pere adoptif pouvoit disposer de tous ses biens sans luy rien laisser. Il pouvoit aussi l'émanciper pour dissoudre l'adoption, auquel cas, le fils adoptif n'avoit aucun droit sur les biens de son pere adoptif : *ead. L. §. 2.* A quoy il y avoit la même exception pour la succession qui a esté touchée cy-dessus au sujet de la puissance paternelle : car si le pere avoit donné son fils en adoption ou au pere de sa femme ayeul maternel de son fils, ou à son propre pere, au cas qu'il eût esté luy-même émancipé, en ce cas, l'adopté estoit heritier necessaire, & avoit la querelle d'inofficiosité, tandis qu'il n'étoit pas émancipé, & estant émancipé il revenoit à la succession de son pere, *ead. L. penult. C. de adoption.*

24. Quant à l'égard du pere de famille adopté. Il n'en estoit pas de même du pere de famille qui estoit adopté : car si le pere adoptif le vouloit émanciper ou desheriter sans cause, il luy devoit restituer tout ce qu'il avoit apporté, & luy laisser de plus la quatriéme partie de ce qu'il auroit dû avoir *ab intestat* dans sa succession, selon l'opinion de quelques Docteurs, mais de tous ses biens, selon le texte de la Loy, *L. si adrogator ff. de adoption.* Et cette quarte a esté donnée en recompense de ce que le pere adoptif avoit autrefois la proprieté, & depuis l'usufruit des biens du fils : mais le texte de la Loy n'établit cela que pour l'impubere. Cette quarte le dispensoit d'intenter la querelle d'inofficiosité, *L. Papinianus 8. §. si quis 15. ff. de inoffic. testam.* & comme elle luy estoit donnée par une Constitution de l'Empereur Pie, il agissoit *ex divi Antonini beneficio* : ensorte qu'il avoit une legitime toujours égale. C'est pourquoy l'on a voulu autrefois appliquer cette disposition à la legitime des meres, & à l'Edit de saint Maur, du mois de May 1567.

Que si le pere adoptif l'émancipoit ou le desheritoit avec cause, il n'avoit que la restitution de ce qu'il avoit apporté, *§. 3. Instit. vers. item non aliter*, & cela montre qu'il y avoit toujours quelque difference entre le pere de famille adopté, & le fils naturel & legitime, qui estant émancipé, ne laissoit pas de venir à la succession : Que si le pere adoptif ne l'émancipoit ni ne le desheritoit point, il partageoit avec les enfans naturels & legitimes, s'il y en avoit : sinon il venoit seul à la succession, excluant tous les ascendans & tous les collateraux, ensemble la femme du pere adoptif.

25. Autres differences entre le pere de famille, & le fils de famille adoptez. Il y avoit encore une difference entre le fils de famille, & le pere de famille, que l'adoption du premier pouvoit estre cassée, si elle estoit faite en fraude des enfans ou des ascendans, comme a tres bien observé *Oliverius Textor* Jurisconsulte François, *de success. ab intest.* nomb. 50. ce qui ne se relevoit pas contre l'adoption d'un pere de famille, qui soumettoit sa personne & ses biens à la puissance du pere adoptif, & cela avec connoissance de cause, & sous l'autorité du Prince, lesquelles formalitez excluoient tout soupçon de frauder.

Au reste, il est dit en la Loy *Si adrogator 22. §. 1. ff. de adoption*, que le pere adoptif peut bien substituer pupillairement; mais qu'il ne peut pas charger le fils adoptif de fideicommis pour sa quarte, parce que le fils la tient de la Constitution de l'Empereur, & non pas de la liberalité de son pere adoptif; *quia hoc non judicio ejus ad eum pervenit, sed principali providentia.* Et cela estoit encore une difference de l'adoption d'un pere de famille, & de celle d'un fils de famille; car dans celle du fils de famille, le pere adoptif qui n'avoit pas l'adopté sous sa puissance, s'il estoit étranger, ne pouvoit pas luy faire une substitution pupillaire.

26. De la succession du fils adoptif dans nostre Droit. La plûpart de nos Docteurs conviennent que l'adoption ne donne point parmi nous le droit de succeder. Tiraqueau, sur la regle *le mort saisit le vif*, part. 1. declar. 14. nomb. 1. Masuer *de probat.* *§. item si defunctus.* Monsieur Benoist, sur le chap. *Raynut. in verb. & uxorem nomine Adelasiam n. 758. & 760.* Chopin sur Anjou, liv. 3. chap. 3. tit. 2. dit qu'il faudroit à cet effet le consentement des interessez, & cela avoit lieu dans les usages des fiefs, où les adoptifs estoient exclus; *§. adoptivus, tit. si de feudo defunctli*, s'ils n'estoient précisément reservez pour les fiefs, comme le fut le Roy Alphonse d'Arragon, par Jeanne Reine de Naples. D'où il faut conclure, que le pere adoptif ne succede point non plus à l'adopté, ce droit devant estre reciproque : cependant, comme nous avons dit, il y a des Provinces, qui recevant les affiliations donnent aux affiliez le droit de succeder, la Coutume de saint Jean d'Angely admet l'affilié avec les enfans naturels & legitimes à la succession des meubles & acquests seulement, s'il n'y a convention à l'égard des propres, & en ce cas là même, les enfans naturels doivent avoir les deux tiers des propres. Comme aussi les affiliez peuvent succeder aux propres, supposé qu'ils en apportent de leur part, ou qu'ils renoncent aux leurs, & sous cette condition, au profit des enfans naturels : Mais ordinairement ce droit ne regarde pas les successions collaterales, selon la Coutume de Bourbonnois, art. 265. & celle des Nivernois titre des gens mariez, art. 25. ensorte que dans les unions un fils du premier lit de la femme ne succede pas à un fils du premier lit du mari. Jac. Rich. *de unione prolium, cap. 7.* Enfin, par l'usance de Xaintes, l'affilié peut avoir non seulement les meubles & acquests, mais encore le tiers des propres, la charge d'acquitter les legs, & de payer toutes les dettes personnelles & mobiliaires : mais il faut que ce soit à titre de donation.

Quant à l'affilié par échange, il succede comme un fils naturel.

Au reste, quoique ce soit une maxime que les successions

successions doivent estre réciproques, & que l'on dise ordinairement : *Si vis mihi succedere, fac ut tibi succedere possim* : neanmoins le pere adoptif ne succede pas à celuy qu'il a affilié par échange, comme le fils adoptif luy succede. La raison est, que le fils ne succede qu'en consequence de l'échange, & de ce que la personne contr'échangée succedera de son côté ; au lieu qu'il n'arriveroit pas si aisément qu'un des échangez mourant avant le pere adoptif, l'autre mourût aussi avant le sien La Thaumassiere en ses décis. liv. 4. chap. dernier. Bechet, des affiliations, Mechain, tit. 1. d'associations, chap. 5.

27. De l'affilié gratuitement ou à quo cata, & du subrogé. Par le même usage de Xaintes, celuy qui a esté affilié gratuitement, est consideré comme un simple donataire, mais celuy qui l'a esté moyennant un certain apport, est reputé creancier : ensorte que les legitimaires l'obligent quelquefois de prendre la qualité de creancier pour retirer ce qu'il a apporté, ou de donataire: & en ce cas, ils le reduisent aux meubles & acquests, & au tiers des propres. Bechet, en son Usance, fol. 281. & suiv. Mais au contraire, l'affilié par subrogation a les mêmes Droits, que son copermutant, dans la succession du pere. Et à l'égard des successions collaterales, il en est exclus, comme par le Droit Romain, mais il est preferé au défaut d'enfans aux heritiers collateraux de son pere adoptif, sauf la legitime de ces heritiers dans les Coutumes qui leur en accordent. Jacob. Vign. *in consuetud. Santangeliacam, part. 1. cap. 1.*

☞ Nous avons eu en France un fameux exemple, dans lequel on executa une adoption generale, accompagnée d'institution d'heritier, comme une simple donation sujette aux reserves coutumieres, dans la Cause de Messire Yves Marquis d'Allegre, Seigneur de Millaut, dont le fait estoit que Messire Yves Marquis d'Allegre son oncle, qui n'avoit point d'enfans, affectant la tutelle de son neveu, que la Coutume d'Auvergne déferoit à sa mere, acheta cette tutelle en offrant de donner 6000. livres de rente à son neveu, & 20000. livres à une fois payer à sa sœur, aussi mineure. La Cour devant qui la Cause de la tutelle se plaidoit, accepta des offres si magnifiques & si avantageuses à des mineurs, & par Arrest donna la tutelle au sieur Marquis d'Allegre oncle. Mais il arriva peu aprés que la fortune de l'Etat fut ébranlée par une descente d'Allemans, à la tête desquels estoit le Duc Casimir, Compte Palatin & Duc de Bavieres; l'on jugea à propos de se défaire de ces hostes par une somme d'argent qui leur fut promise ; & pour la seureté de laquelle l'on donna en ostage le Marquis d'Allegre & le Comte d'Escars. Le premier passa en Allemagne à la suite du Duc Casimir, aprés avoir fait un testament par lequel il institua son neveu son heritier universel, mais ses maladies & la rigueur des Ennemis, luy conseillerent de se racheter de sa captivité, & de substituer son neveu & pupille en sa place. Il proposa la chose au Duc Casmir & aux Officiers qui devoient avoir part à l'argent qu'on attendoit de France, mais ces Allemans ayant consulté leurs Docteurs (car il y en a ordinairement qui suivent leurs armées) ceux-cy répondirent qu'on ne devoit pas relâcher le sieur Marquis d'Allegre sur la foy de cet échange des donations qu'il pouvoit avoir faites à son neveu, qui se trouvant faites en ligne collaterale, & n'estant pas fondées sur le devoir du sang & la pieté naturelle, comme celles qui sont faites en directe, n'estoient pas si constantes & si durables. Le Marquis d'Allegre pour lever cet obstacle, proposa d'adopter son neveu pour son fils, & de l'instituer son heritier universel en cette qualité : ce qu'il fit par acte du 17. May 1576. Ainsi son neveu le vint tirer de captivité, & devint l'ostage du Duc Casimir, aprés plusieurs années de sejour, ou plûtost de prison en Allemagne, durant lesquelles le sieur Marquis d'Allegre oncle fut assassiné. L'argent de France estant arrivé, ce jeune Seigneur eut sa liberté, & demanda les biens de son oncle en vertu de la donation, de l'institution testamentaire, & de l'adoption dont il vient d'estre parlé. Les enfans & heritiers du sieur d'Allegre, Marquis de saint Just, défendirent à cette demande en qualité d'heritiers *ab intestat*. La Cause en fut plaidée en l'Audience de la Grand'-Chambre par Monsieur Marion, lors Avocat du sieur Marquis d'Allegre, & depuis ayant esté évoquée au Conseil, & renvoyée au Grand Conseil par Arrest, au rapport de Monsieur Bretel, qui est rapporté à la fin du Plaidoyé de Monsieur Marion, le Grand Conseil se contenta de maintenir le sieur Marquis d'Allegre dans le Marquisat d'Allegre & les autres biens dont le sieur Marquis d'Allegre oncle avoit pû disposer entre-vifs, & jugea par là que l'adoption en païs coutumier, n'a force que de donation entre-vifs, & qu'elle demeure sujette aux reserves coutumieres.]

L'inexecution de l'apport, dont on est convenu dans le contrat, rend la societé nulle ; si ce n'est que l'affilié offre de tenir compte du principal qu'il avoit promis, & des interests, Mechain, & Jacques des Vignes, sur l'art. 1. chap. 1. de la Coutume de saint Jean d'Angely : Que si elle demeure nulle, il luy est dû salaire, selon les circonstances. 28. De l'inexecution de l'apport promis.

Le subrogé est saisi, selon la même usance, mais non le simple affilié. 29. Plusieurs differences entre l'affilié & le subrogé par échange.

De même, la preterition du subrogé rompt le testament du pere adoptif, ce qui n'a pas lieu en faveur du simple affilié.

Le simple affilié n'a jamais le droit d'aînesse : parce qu'il est impossible de dire qu'un fils adoptif soit le premier né, & que d'ailleurs la Coutume qui appelle le fils, n'appelle pas le fils adoptif, puisqu'il n'est pas né du mari & de la femme. Maistre Charles du Molin sur Paris §. 8. gl. 1. nomb. 33. & Monsieur Tiraqueau *de jure primigen. qu. 81.* Il n'en est pas de même du gendre qui a esté subrogé : car s'il n'a pas le droit d'aînesse au préjudice de la fille aînée, lorsqu'il a épousé la cadette, & si ayant épousé l'aînée les biens qui leur appartiennent en vertu du droit d'aînesse, sont reputez biens maternels en la personne des enfans communs, l'on observe au moins cette équité, que si le gendre estoit l'aîné de sa maison, & que son copermutant ait profité de son droit d'aînesse, il profite reciproquement du droit d'aînesse de son copermutant, s'il estoit aussi l'aîné de sa maison. Bechet des affiliations, page 290. & Constant sur l'article 280. de la Coutume de Poitou dit, que les enfans de l'affilié partageront noblement l'heritage trois fois hommagé.

On observe au Presidial de Xaintes une autre équité dans les subrogations, qu'un des copermutans mourant sans enfans, son copermutant retourne dans sa famille, pour succeder à son pere naturel, comme avant l'échange. Bechet des affiliations, Mechain titre 1. des Successions, chapitre 5. 30. *Quid* si le copermutant meurt sans enfans.

Le simple affilié ne peut non plus former complainte, ni exercer le retrait lignager. Godefroy sur l'article 452. de la Coutume de Normandie, & Tiraqueau en son retrait. Et le principe de 31. Autres differences entre l'affilié & le subrogé.

cela est, que le retrait lignager ne reçoit point de fiction, mais le subrogé par échange peut retraire, selon Bechet, pag. 280.

J'estimerois encore, que le simple affilié ne faisant point manquer la condition *si sine liberis*, comme tous les Docteurs l'établissent, *Menoch. prаеſ. lib. 5. pr. 89. Peregr. art. 22. n. 93.* le subrogé la feroit manquer du chef de son copermutant. Il en est de même de la revocation des donations en vertu de la Loy *Si unquam C. de revoc.* Monsieur Tiraqueau, sur la Loy *in verb. susceperit liberos n. 2.*

De même les reserves coutumieres, comme du quint ou d'une autre quotité de propres, ne se peuvent demander par le simple affilié, mais bien par le subrogé.

Le simple affilié n'exclut les filles dans les Coutumes d'exclusion, Basmaison & Consul, sur la Coutume d'Auvergne, tit. 12. art. 16. du Molin sur Paris, §. 8. gl. 1. nomb 33. Balde Conſ. 23. mais bien le subrogé, si son copermutant est un mâle.

La legitime ayant esté augmentée par le Droit en faveur des enfans, cette disposition ne concerne point les affiliez, mais bien les subrogez.

Les simples affiliez doivent le relief, pour les fiefs qui leur viennent par le moyen de leur adoption: ce qui n'a pas lieu à l'égard des subrogez. Bart. *in repetit. cap. Raynal. col. 29. verſ. praeterea si dicatur.*

Les simples affiliez sont obligez, au cas qu'ils se remarient, de reserver aux enfans du premier lit les avantages qu'ils ont reçû de leur beau-pere & belle-mere au sujet de leur mariage & de leur affiliation. Mechain, tit. 1. chapitre 7. Mais les échangez & subrogez n'y sont point obligez, parce que les biens qu'ils acquierent par cet échange, leur sont particuliers, & même leur deviennent propres, comme auroient esté ceux qu'ils ont abandonnez en faveur de leurs échanges.

31. Quel préjudice l'adoptant peut faire à l'adopté.

L'on demande si le pere adoptif peut disposer de tous ses biens, au préjudice de l'adopté ou affilié: ensorte qu'il ne luy en reste aucune chose? Et il est déja certain qu'à l'égard de celuy qui est adopté par subrogation, ayant les mêmes droits qu'un enfant naturel, comme le décide la Coutume de Nivernois, chapitre 23. article 26. il a aussi la legitime de droit & les reserves coutumieres, qu'un fils naturel pourroit prétendre. Pour ce qui est de celuy qui est simplement affilié, l'on distingue ainsi: car, ou l'affiliation a esté faite purement & simplement, & sans autre convention, & en ce cas, si le pere veut revoquer, il ne doit à l'affilié que sa part des acquests, c'est à dire, eu égard au nombre de tous ses enfans, Mechain sur la Coutume de saint Jean d'Angely, titre 1. chapitre 4. Et la raison de ce partage est, que dans les Coutumes qui admettent les affiliations, elles y participent de l'adoption & de l'association: ensorte que l'on ne peut revoquer l'affiliation sans faire partage de la societé, qui est une partie integrante de l'affiliation. Mais, si sans revoquer l'affiliation, le pere adoptif dispose de ses meubles & acquests, l'affilié ne s'en peut plaindre, ou l'affiliation a esté faite avec donation, ou institution contractuelle, & en ce cas, l'on suit le Droit que nous avons établi pour ces sortes d'institutions.

La question de sçavoir si l'affilié par échange ne trouvant pas son compte dans l'adoption & dans la succession de son pere adoptif, & sa legitime en estant blessée, peut en demander le supplément dans la succession de son pere naturel, dépend des Coutumes. Car il est constant qu'en Berry, on ne luy refuseroit pas cette action, parce que la Coutume n'ayant point de disposition précise, qui autorise les mariages par échange, dont le Droit ne s'est établi en cette Province, qu'à cause du voisinage du Bourbonnois, & ayant article exprés pour le supplément de la legitime, même dans le cas des renonciations, il faudroit considerer l'échangé comme un renonçant, à qui le supplément seroit dû, il n'en est pas de même des autres Provinces, comme Bourbonnois & Xaintonge, où le renonçant n'est pas reçû à demander supplément de la legitime, & où l'échangé n'auroit pas par consequent cette action contre la succession de son pere naturel, ayant bien voulu courre le risque de l'échange, quoiqu'il sçût qu'il emportoit une renonciation en des Coutumes où le renonçant ne revient pas au supplément de sa legitime. Autre chose seroit si l'échange blessoit la legitime dans des successions déja échûës.



CHAPITRE IV.

Du Benefice d'Inventaire.

SOMMAIRE.

1. *Si l'heritier beneficiaire est un vray heritier.*
2. *Si les lettres de benefice d'inventaire sont necessaires en païs de Droit écrit.*
3. Quid *quand la Coutume permet à l'heritier présomptif de se porter heritier beneficiaire.*
4. Quid *dans la Coutume de Nivernois.*
5. *Si un testateur peut défendre à son heritier le benefice d'inventaire.*
6. *Si un testateur peut défendre de faire inventaire, sinon aprés un certain temps.*
7. *Si les heritiers des Comptables peuvent estre beneficiaires.*
8. *L'Arrest contre les heritiers d'un Tresorier de la Maison de Nevers.*
9. *Des heritiers d'un Receveur des consignations.*
10. *Si les heritiers testamentaires peuvent se servir du benefice d'inventaire*
11. *Si les Lettres d'un heritier servent à ses coheritiers.*
12. *Que les Lettres doivent estre obtenuës dans l'an.*
13. *La seconde condition du benefice est l'inventaire.*
14. *S'il en faut quand il est notoire qu'il n'y a point de meubles.*
15. *Qu'il doit estre exact, & sous quelles peines.*
16. *Quand il faut un scellé.*
17. *Conditions de l'inventaire.*
18. *La troisiéme condition est la vente des mebles, & sous quelle peine.*

1. Si l'heritier beneficiaire est un vray heritier.

C'Est une des choses des plus difficiles de nôtre Jurisprudence, que de bien connoître la nature du benefice d'inventaire. Car encore que dans le Droit il n'y ait point de difference specifique entre l'heritier pur & simple, & le beneficiaire, & que Justinien a seulement proposé l'inventaire à tous les heritiers, comme une juste précaution pour n'estre point tenus des dettes au-delà des forces de la succession: ce qui avoit déja esté accordé auparavant en faveur des soldats par un Rescrit de l'Empereur Gordien, qui pouvoit avoir pour exemple un autre Rescrit de l'Empereur Ardien, qui avoit relevé un particulier de son addition d'heredité à cause des dettes inopinées qui avoient paru, sans que Justinien ait exempté celuy qui use de cette précaution, des actions personnelles, qui ont lieu contre l'heritier, neanmoins nous nous sommes accoutumez en France à distinguer deux sortes d'heritiers, l'heritier pur & simple, & le beneficiaire, & nous avons dispensé l'heritier beneficiaire d'estre poursuivi en ses propres biens. Nous ne l'avons pas même consideré comme un veritable possesseur & proprietaire, puisque nous l'avons aussi exempté de l'action hypotequaire. Enfin, nous luy donnons plus qu'à un simple administrateur & un curateur aux biens vacans, puisque les dettes payées, il profite du surplus des biens de la succession. Ainsi c'est un heritier, qui ne confond point son patrimoine avec celuy du défunt, & qui n'est point sujet à l'effet de l'action personnelle: c'est un possesseur, qui n'est sujet ni à l'action hypotequaire, ni à l'action mixte, c'est un administrateur, qui profite du surplus des biens, les dettes payées, ou plustôt ce n'est ni un heritier regulier, ni un possesseur, ni un administrateur, mais on connoistra de quelle nature il est, en examinant premierement quelles sont les conditions, sous lesquelles on peut obtenir ce benefice de la Loy; & en second lieu quelle est l'étenduë de ce privilege.

2. Si les lettres de benefice d'inventaire sont necessaires en païs de Droit écrit.

La premiere condition du benefice d'inventaire, c'est les Lettres, Papon liv. 21. titre 10. Arrest 1. mais elles ne sont necessaires que dans le païs coutumier: car tout le monde convient que c'est une faculté, qui estant generalement accordée par la Loy *Scimus C. de jure delib.* n'a point besoin, dans le païs de Droit écrit, de titre particulier, ni de grace qui la confirme. Ce qui s'observe dans le Parlement de Paris pour les Provinces de son ressort, qui sont régies par le Droit Romain, suivant les Arrests rapportez par le même Auteur. Aussi Maistre Charles du Molin, sur l'article 22. du titre des successions de la Coutume de Bourgogne, qui porte, que *l'heritier beneficiaire est tenu de prendre des Lettre*, a dit, *sed in patria juris scripti nulla opus est interpretatione, sed descriptione solemni.*

3. Quid quand la Coutume permet à l'heritier présomptif de se porter heritier beneficiaire.

Sur le même fondement quand une de nos Coutumes permet à l'heritier de se porter heritier beneficiaire, nous estimons que la grace estant ainsi précisément accordée par la Loy municipale, dont toutes les dispositions sont approuvées par le Prince, elle n'a point besoin de confirmation, selon la Loy un. *C. de thesauris*, qui dit, *frustra precibus imprecatur, quod jure publico conceditur*, & que dans cette Coutume l'on peut estre heritier beneficiaire sans prendre des Lettres de Chancellerie: de même que dans la Coutume de Berry, qui permet à la fille renonçante de demander le supplément de sa legitime, la renonçante n'est point obligée à cet effet de prendre des Lettres contre la renonciation, parce qu'elle vient à sa legitime en vertu d'une condiction *ex lege municipali*, qui est un remede ordinaire, lequel la dispense d'un secours extraordinaire. [☞ Et de même qu'au Châtelet en matiere de combat de fief, on dispense le vassal contesté de prendre des Lettres de Chancellerie, pour estre maintenu par main souveraine, à cause qu'on trouve que l'art. 60. de la Coutume de Paris permet cela au vassal.] Et nous avons plusieurs de ces Coutumes, par exemple, l'article 572. de la Coutume de Bretagne, qui dit, *il est permis à l'heritier d'accepter la succession sous benefice d'inventaire*, (auquel estoit conforme le 514. de l'ancienne,) & sur lequel ancien article Monsieur d'Argentré dit, *Non igitur quod Franci subinde faciunt, à Principe obtinendum, non supplicandum de eo, quod jure communi omnibus licet, & jure consuetudinario ab ipso Principe approbato.* Nous avons aussi la Coutume de Berry, article 9. du titre des successions, qui porte, que *les heritiers* ab intestat, *ou testamentaires, peuvent se porter heritiers par le benefice d'inventaire*, sur lequel Maistre Charles du Molin a dit, que dans cette Coutume l'on imploreroit inutilement des Lettres du Prince, puisqu'elle accordoit la grace par une disposition formelle. Ce qui a lieu à plus forte raison, quand la Coutume permet de presenter Requeste au Juge pour estre reçû heritier beneficiaire, comme la Coutume du Comté de Haynaut, chapitre 123. article 6. & à plus forte raison, quand la Coutume non seulement se contente d'une Requeste à cet effet, mais ajoûte qu'il n'est point besoin des Lettres, comme Sedan, article 176. Mais il n'en est pas de même quand la Coutume ne permet pas formellement de se porter heritier beneficiaire, & présuppose seulement que cela se peut, en traitant la matiere du benefice d'inventaire, comme si elle parle de l'heritier par benefice d'inventaire, en établissant qu'il ne confond point ses dettes avec celles du défunt, ou en reglant l'exclusion de l'heritier beneficiaire par l'heritier pur & simple: car alors elle n'accorde pas le benefice d'inventaire, mais elle suppose qu'il esté a obtenu par les voyes ordinaires dans les païs coutumiers, & par des Lettres du Prince. C'est pourquoy j'estime que Maistre Guy Coquille n'a pas pû conclure de l'article 28. du titre des successions de la Coutume de Nivernois, sous pretexte qu'il dispose de cette exclusion, que l'on peut pratiquer le benefice d'inventaire sans Lettres: car la Coutume de Nivernois n'accorde pas le benefice d'inventaire, mais elle le suppose, c'est à dire, qu'elle le sup-

4. Quid dans la Coutume de Nivernois.

pose établi, selon le Droit commun de la France.

5. Si un testateur peut défendre à son heritier le benefice d'inventaire.

L'on demande si ce privilege est tellement en la disposition du Prince dans les Coutumes qui n'ont point de décision extraordinaire, ou de la Loy dans le païs de Droit écrit, & dans les Coutumes de Berry & de Bretagne, qu'il ne puisse estre prohibé par le testateur sous peine d'indignité & de privation de la succession.

Qu'il peut estre prohibé.

Et le sujet de douter est, que l'heritier institué doit executer le testament comme il est, ou renoncer à son institution & se porter heritier *ab intestat*, supposé que la Loy le declare tel, d'autant plus que la condition imposée n'est point contre les bonnes mœurs, & ne regarde pas principalement l'interest public, mais l'interest du testateur même, qui trouve un plus parfait heritier en la personne de l'heritier pur & simple. Ainsi il semble que le testateur peut déroger par une clause précise de son testament au benefice d'inventaire. Aussi il n'importe pas au public, qu'un heritier ne puisse accepter la succession que purement & simplement. Au contraire cette espece d'addition assûre l'interest des creanciers & des legataires, qui auront un veritable debiteur en la personne de l'heritier pur & simple; au lieu qu'ils n'ont souvent qu'un mauvais œconome en la personne d'un heritier beneficiaire: Que si l'on s'en rapporte aux exemples, ils se trouvera que le droit d'accroissement se peut prohiber, *L. quoties §. si duo ff. de hered. instit.* De même, l'on peut bien défendre à son heritier de prendre sa falcidie, qui est un benefice approchant de l'inventaire, par lequel l'heritier n'est tenu de payer les legs, que jusques à une certaine concurrence, & en conservant sa quarte, comme par le benefice d'inventaire, il n'est tenu de payer les dettes que jusques à la concurrence des biens de la succession, *Auth. de hered. & falc. cap. 2. §. 2.* & d'ailleurs, pourquoy ne pas permettre au testateur de faire ce que font la plûpart de nos Coutumes, qui preferent en collaterale l'heritier pur & simple, à l'heritier beneficiaire, & excluent celuy-cy en faveur de l'autre? Aussi c'est le sentiment de Peregrinus *de fideicom. art. 11. n. 76.*

Qu'il ne peut pas estre prohibé.

D'un autre côté, l'on a consideré que le benefice d'inventaire est un Droit commun, même un Droit public, auquel il ne devoit pas estre permis au testateur de déroger, parce que l'heritier ne tient pas ce benefice de sa volonté présumée, mais de la disposition de la Loy, qu'ainsi dans un contrat de vente, un vendeur ne pouvoit pas se rendre garant du retrait lignager, & que si une garantie avoit esté stipulée, non seulement elle n'obligeroit ni le vendeur, ni son heritier, mais que son heritier pourroit luy-même exercer le retrait, supposé que le vendeur mourût dans l'an, suivant l'article 142. de la Coutume de Paris, parce que cette stipulation seroit contre le Droit public. Ainsi un mari ne peut pas stipuler par son contrat de mariage, que sa femme n'aura aucun douaire, ni luy oster l'usufruit des propres naissans de ses enfans par des dispositions indirectes, comme il a esté jugé en la Grand'Chambre par l'Arrest du 24. Avril 1660. rapporté dans les Arrests rendus depuis 1657. jusques en 1660. Art. 24. L'on autorise aussi ce dernier avis de plusieurs préjugez, tant dans le païs coutumier, comme de l'Arrest du 7. Juillet 1625. rapporté par du Fresne, liv. 1. chapitre 62. que dans le païs de Droit écrit, & ceux-cy sont dans Maynard, livre 5. chapitre 24. Enfin, l'on cite sur ce sujet Papon en son Notaire, titre des Lettres de benefice d'inventaire, Faber en son Code, livre 6. tit. 11. définit. 43. & Charondas en ses Réponses, liv. 9. chap. 70.

Resolution qu'il ne peut pas estre prohibé.

Pour dire mon avis sur cette question, j'estime qu'il faut examiner separément à l'égard du païs de Droit écrit & du païs coutumier, & qu'encore que nous ayons une Loy qui est la Loy derniere *C. arbitrium tutela §. 1.* qui permette qu'un testateur défende aux tuteurs, qu'il donne à ses enfans par son testament, de faire aucun inventaire; neanmoins il n'est pas au pouvoir du testateur d'empêcher son heritier de faire inventaire, ni de luy ôter le privilege de l'inventaire: ce que Peregrinus *de fideic. art. 11. n. 76.* dit avoir vû juger, de même qu'un testateur ne peut pas dispenser le legataire de l'usufruit, de donner caution. Parce que, comme il vient d'estre dit, la faculté qu'a l'heritier de faire inventaire, est de Droit commun, & est même directement d'un interest public, dautant que le public a interest qu'aprés la mort d'un chacun ses biens suppléent au défaut de sa personne, & repondent de ses dettes, & qu'à cet effet, il y en ait un fidele inventaire. D'ailleurs, nous n'avons rien dans le Droit qui autorise cette exclusion de l'heritier beneficiaire, qu'un testateur auroit ainsi ordonnée: car la Loy qui vient d'estre citée, a pour motif qu'un testateur, qui pouvoit donner ses biens à un tuteur étranger, pouvoit bien aussi les luy confier, pour les administrer, sans faire inventaire, ce qui n'empêchoit pas l'heritier d'en faire de sa part. Au contraire nous avons la Loy *Conditiones 114. ff. de condit. institut.* qui dit, *conditiones contra Edicta Imperatorum aut contra leges, aut quæ legis vim obtinent, pro non scriptis habentur.* Mais la difficulté est plus considerable dans nos Coutumes, à cause de l'exemple qu'elles donnent au testateur, en préferant l'heritier pur & simple en ligne collaterale, à l'heritier beneficiaire. Car si la Coutume, pour honorer la memoire du défunt, fait une espece de substitution, & dit, que si le plus proche veut se porter heritier beneficiaire, le plus éloigné, en se déclarant heritier pur & simple, aura la faculté de l'exclure, pourquoy le défunt ne pouvoit-il pas en faire autant? Mais comme ce raisonnement tend plus à faire voir l'injustice de cette exclusion de l'heritier beneficiaire par le pur & simple, qu'à autoriser cette pensée peu équitable d'un testateur qui veut que son heritier se mette au hazard de se ruiner pour honorer sa memoire, & que nous ne disconviendrons pas dans la suite qu'il n'y ait beaucoup à redire dans l'établissement de ce droit d'exclusion, s'il s'en faut tenir à la disposition des Arrests, & favoriser en cela le benefice d'inventaire en des temps difficiles, où c'est un remede si necessaire, que nous devons croire que la faculté de faire inventaire, & de se dire heritier beneficiaire, est un droit & un interest public, auquel il n'est pas permis à un testateur de déroger en l'ôtant à son heritier, suivant ce qui est décidé en la Loy 14. & en la Loy suivante *ff. de condition. instit.* c'est un interest public *primariò*, & ce n'est l'interest du testateur ou de l'heritier, que *secundariò*. L'on en peut dire ce qui est dit du serment de calomnie en la Loy 2. §. *sed quis. C. de jurejur. propter calumn. quia non pro com-*

modo privatorum, sed pro communi utilitate præsentem legem posuimus. Aussi outre les préjugez cy-dessus rapportez, il y a un Arrest du Samedy 19. Janvier 1669. rapporté dans la nouvelle impression du Traité des donat. de Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. nomb. 1061. qui a jugé, plaidans Maistre Bonnaventure Fourcroy, & Maistre Jacques de Lhoumeau, & sur les conclusions de Monsieur l'Avocat General Bignon, qu'un heritier institué ne pouvoit demander sa falcidie, faute d'avoir fait inventaire, quoique le testateur luy eût défendu par son testament d'en faire un.

Enfin, cette question a esté jugée en termes formels au Parlement de Toulouse, par Arrest du 8. Aoust 1590. rapporté par la Rocheflavin, liv. 6. tit. 55. Arr. 1. conformément à l'opinion qui vient d'estre établie. Il y en a aussi un Arrest du Parlement de Grenoble dans Expilly, chapitre 170.

6. Si un testateur peut défendre de faire inventaire qu'aprés un certain temps.

Que si un testateur ne peut pas défendre absolument de faire inventaire, il ne peut pas nonplus dire qu'il ne sera fait de scellé ni d'inventaire, qu'un certain temps aprés sa mort, ou aprés que ses heritiers auront satisfait à de certaines conditions, si en differant trop long-temps l'inventaire, ou en satisfaisant à ces conditions, l'heritier faisoit acte d'heritier pur & simple, auquel cas, la défense estoit une veritable prohibition du benefice d'inventaire : cependant je vois que par Arrest du Parlement de Toulouse du 15. Janvier 1672. rapporté dans la troisiéme partie du Journal du Palais, on autorisa la disposition d'un mari, qui ayant legué quelque chose à sa femme, défendit à son heritier de faire inventaire, ni de déposseder sa femme de ses biens, qu'aprés qu'il luy auroit payé sa dot & son legs : ce qui ne seroit pas suivi au Parlement de Paris, si l'heritier alleguoit l'interest qu'il auroit de ne pas faire un acte d'heritier pur & simple, dont les creanciers se pussent prévaloir.

En second lieu, l'on demande si tous les heritiers joüissent également du benefice d'inventaire ? Et je réponds, que l'on peut estre exclus de ce privilege, ou par la concurrence d'un heritier pur & simple, ce qui sera traité incontinent, ou à raison de la qualité du défunt, supposé qu'il fût engagé dans les affaires du Roy, qui le rendissent, de quelque maniere que ce fût, comptable envers le Roy. Car comme le Roy n'accorde point de privilege contre luy-même, les Lettres de benefice d'inventaire obtenuës par l'heritier d'un Comptable, ou de son Commis, seroient présumées obreptices & subreptices à l'égard du Roy. C'est la disposition de l'Ordonnance de Roussillon de l'an 1563. art. 16. Voyez Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 23. sur la fin. Ce qui a esté étendu jusqu'aux successions des Commis des Comptables par un Arrest de la Cour des Aydes du mois de Novembre 1602. & par un autre de la même Cour du 21. Juin 1605. rapporté par Peleus en ses Questions, qu. 119. Ensorte que deslors que les heritiers d'un Comptable se sont dits heritiers beneficiaires, & se sont immiscez en cette qualité, ils sont reputez heritiers purs & simples, & ce titre leur demeure, sans qu'il leur soit permis de se faire une issuë par une renonciation au benefice d'inventaire, qui n'est permise qu'à l'heritier beneficiaire, & c'est ce qui a esté jugé par ce dernier Arrest. Voyez le nomb. 12. vers la fin.

7. Si les heritiers des Comptables peuvent estre beneficiaires.

Neanmoins lorsque l'heritier d'un Comptable est mineur, il peut user du benefice d'inventaire, & l'on a eu cet égard pour la foiblesse de l'âge, que de vouloir préferer la faveur des mineurs, aux privileges du fisc, afin ne pas obliger un mineur d'abandonner une succession avantageuse, dans la juste apprehension de l'évenement d'un compte, & que la creance du Roy estant assurée par la confection d'un inventaire, l'on pût aussi conserver au mineur ce que la nature & la Loy luy déferent. C'est le sentiment de Bacquet, en son Traité des droits de Justice, chap. 15. nomb. 5. Aussi l'heritier d'un Comptable se peut servir du benefice d'inventaire contre d'autres creanciers que le Roy, comme il a esté jugé par l'Arrest du 21. Juin 1605.

8. L'Arrest contre les heritiers d'un Tresorier de la Maison de Nevers.

Il y a aussi quelques anciens Arrests qui ont étendu cette Jurisprudence jusqu'aux Comptables des grandes Maisons, & entr'autres celuy du 19. Juin 1595. rendu contre les heritiers d'un Tresorier de la Maison de Nevers, & rapporté par Monsieur Loüet, en sa lettre H. nomb. 18. Mais je ne vois aucun Arrest moderne, qui ait confirmé cette Jurisprudence, ni aucune raison d'appliquer à un Officier comptable d'un grande Maison, ces préjugez qui n'ont lieu contre les heritiers des Comptables envers le Roy, que par la seule raison que le benefice d'inventaire est une grace du Prince, qu'il n'est point présumé vouloir donner à son préjudice. Aussi l'Arrest de 1595. doit d'autant moins faire la Loy en ces rencontres, qu'il jugea plus rigoureusement contre les enfans du Tresorier de la Maison de Nevers, que l'on n'ait jamais fait contre les enfans ou heritiers d'un Comptable envers le Roy, ausquels on ne refuse pas, comme il vient d'estre dit, le benefice d'inventaire, quand ils sont mineurs : ce qui fut refusé aux enfans mineurs de ce Tresorier. Mais d'autre part, quoique l'Edit de Roussillon ne concerne que les Comptables envers le Roy, l'on n'a pas laissé de juger, que les heritiers d'un Receveur des Consignations sont tenus de se porter heritiers purs & simples, si mieux ils n'aiment renoncer, & cela à cause de la consequence du dépost public. C'est la décision d'un Arrest du 16. Juillet 1618, rendu contre le nommé Jean Bastard, fils de Philippe Bastard, Receveur des Consignations au Bailliage d'Estampes, & rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la même lettre H. de Monsieur Loüet, nomb. 18. Arr. 1. Ce qui n'a lieu neanmoins, comme il a esté dit des successions des Comptables envers le Roy, qu'au respect des creanciers des Consignations.

9. Des heritiers d'un Receveur des Consignations.

10. Si les heritiers testamentaires peuvent se servir du benefice d'inventaire.

Enfin, les heritiers testamentaires peuvent se porter heritiers beneficiaires en quelques Coutumes, aussi bien que dans le païs de Droit écrit, comme en la Coutumme de Berry, chap. 19. art. 9. & même les heritiers conventionnels, suivant la Coutume d'Auvergne, chap. 12. art. 39. Mais la derniere Jurisprudence dispense les legataires d'obtenir des Lettres, parce que le benefice d'inventaire est naturellement compris dans le titre des dispositions testamentaires, le testateur estant présumé avoir voulu honorer, & non pas surcharger ceux, au profit desquels il disposoit, selon la Loy *Imperator §. si centum ff. de legat. 2.* surquoy il faut voir l'Arrest du 28. May 1626. qui est dans le Journal des Audiences, mais l'ascendant qui prend des biens à titre de reversion, doit regulierement se précautionner du benefice d'inventaire, pour n'estre pas tenu *ultra vires*, parce que ce droit est mixte parmi nous, & tient de la succession.

11. Si les Lettres d'un heritier servent à ses coheritiers.

En troisiéme lieu, l'on propose si un heritier ayant obtenu des Lettres en son privé nom, elles peuvent profiter à un autre heritier du même degré, sans qu'il ait besoin d'en obtenir de nouvelles ? Et comme il ne fait pas multiplier ces frais

sans necessité, il faut dire qu'il suffit, en ce cas, aux coheritiers de prendre un mot de Sentence, qui déclare commune à leur égard, celle qui a enteriné les Lettres, ou qui leur donne acte, de ce qu'ils entendent se servir des Lettres & Sentences déja obtenuës, en contribuant aux frais: ce qui doit s'étendre aux coheritiers de diverses lignes, qui sont toûjours coheritiers dans une même succession. Aussi Maistre Charles du Molin, en son Commentaire manuscrit, sur la Coutume de Paris, §. 150. conclut pour cela en ces termes, *Si quid si quis est heres per inventarium, dedit cautionem & omnia fecit, postea venit ejus frater qui vult etiam heres esse per inventarium, & habet litteras, videtur quod possit etiam sine litteris contribuendo partem omnium sumptuum.*

11. Que les Lettres doivent estre obtenues dans l'an.

Nos anciens Praticiens, & entr'autres Imbert, en sa pratique, liv. 1. chap. 8. nomb. 7. remarquent que les Lettres de benefice d'inventaire doivent être obtenuës dans l'an du jour du decés, & qu'à faute de les avoir obtenuës dans ce temps, il faut une clause dans les Lettres pour en estre relevé. Aussi est-il juste qu'un privilege ne soit pas negligé, & qu'on n'ait pas trente ans pour se porter heritier beneficiaire, comme pour se déclarer heritier pur & simple. Et nous verrons dans la suite, que l'on a limité aussi au même espace d'un an, l'action de celuy qui veut exclure l'heritier beneficiaire, en se déclarant heritier pur & simple. Neanmoins ce terme & ce délay, n'a jamais esté fondé que sur une ancienne pratique. Dans la regle l'on peut toûjours se porter heritier, tant que la succession est vacante: par consequent il est aussi permis de se dire heritier beneficiaire. Je ne vois pas non plus que ce terme d'un an nous vienne des Romains. Car dans le Droit, l'inventaire se devoit commencer dans les trente jours aprés l'ouverture du testament, ou qu'on en avoit pû sçavoir l'ouverture, ou dans les trente jours aprés que la succession estoit déferée *ab intestat*, *L. scimus §. 2. C. de jure delib.* & l'heritier estoit tenu d'achever l'inventaire dans deux mois; si ce n'est qu'il ne residât pas au lieu où les biens estoient situez, auquel cas il avoit un an pour faire inventaire. Ainsi cette ancienne pratique ne nous est point venuë du Droit Romain, mais bien ce qui est établi par l'Ordonnance de 1667. que l'heritier aura trois mois depuis l'ouverture de la succession pour faire inventaire: car cela se rapporte aux trente jours que le Droit donnoit pour le commencer, & aux soixante jours pour l'achever. Voyez cy aprés au nombre 72.

Au surplus, si quelqu'un fait une declaration en Justice qu'il est heritier beneficiaire, quoiqu'il n'ait pas encore obtenu de Lettres de benefice d'inventaire, il n'est pas pour cela reputé heritier simple, pourvû qu'il obtienne des Lettres dans l'an du decés. C'est un ancien usage du Palais, qu'un heritier à qui cette déclaration échappe, en est quitte pour satisfaire à cette formalité dans le temps préfix. Sa bonne foy le soûtient dans un pas si glissant, il est censé avoir eu dessein d'obtenir des Lettres, quand il s'est dit heritier beneficiaire, & il les a obtenuës dans le temps, cela luy suffit, & comme l'addition dépend principalement de la volonté & de l'intention de l'heritier, *L. 21. §. 1. ff. de adquir. hered.* & qu'il n'a voulu estre heritier que sous benefice, que d'ailleurs il ne s'est point immiscé dans aucuns biens, ce seroit une trop grande rigueur, que de l'obliger indistinctement aux dettes, & de diviser une confession & une déclaration qu'il a faite, plûtost par rapport au futur & aux précautions qu'il vouloit prendre, que par rapport au present, & à l'état des choses au temps de la déclaration. L'on ne peut pas dire, que celuy qui se dit heritier beneficiaire, fasse profession d'heritier pur & simple, & comme il n'y a icy que la déclaration de l'heritier qui l'engage, & que l'on suppose qu'il ne s'est point dutout immiscé, il suit de deux choses l'une, ou qu'il n'est point heritier, ou qu'il l'est tel qu'il s'est déclaré. Le President Fabri a traité cette pratique d'erreur, *de error. Pragmat. decis. 2. err. 9.* mais sa censure n'est pas juste.

On ne manquera pas d'objecter ici ce que nous avons dit au nomb. 7. sur la fin, que l'heritier d'un Comptable, qui s'est dit heritier beneficiaire, & a satisfait aux formalitez du benefice d'inventaire, demeuroit heritier pur & simple à l'égard du Roy, sans qu'il luy fût permis de dire, qu'il ne pouvoit estre obligé aux dettes, qu'en la qualité qu'il avoit prise, & que si le Roy ne le reçoit pas en qualité d'heritier beneficiaire, il luy est au moins permis de renoncer: ce que nous avons dit avoir esté jugé par un Arrest rapporté dans les Questions illustres de Peleus.

La réponse est, qu'il y a de la difference entre nos deux décisions: car celuy qui se déclare heritier beneficiaire, & qui s'immisce en cette qualité, aprés avoir satisfait aux conditions du benefice d'inventaire, estant veritablement heritier, & ne pouvant estre qu'heritier pur & simple, au respect du Roy, il faut necessairement qu'il demeure tel à cet égard, & qu'il compte envers le Roy comme heritier pur & simple. D'où il ne suit pas que dans l'espece dont il s'agit, celuy qui s'est dit heritier beneficiaire, dans l'esperance de satisfaire aux conditions, soit heritier pur & simple, puisqu'il n'y a point de creanciers qui fassent obstacle, comme fait l'interest du Roy, au benefice d'inventaire. D'ailleurs, dans la premiere espece nous avons supposé que l'heritier, qui s'estant porté heritier beneficiaire, s'estoit immiscé dans les biens en cette qualité, & cette circonstance se rencontroit dans la cause, sur laquelle intervint l'Arrest du 21. Juin 1605. rapporté par Peleus, qu. 119. au lieu que dans l'espece dont il s'agit, nous supposons que l'inventaire au moins a prévenu l'immixtion: car si un heritier commençoit par se mettre en possession de tous les biens meubles & immeubles de la succession, sans faire inventaire, & sans compte ni mesure, sous pretexte que dans son acceptation ou dans quelques actes particuliers, il auroit pris la qualité d'heritier beneficiaire, & qu'il satisferoit posterieurement aux conditions du benefice d'inventaire, il ne se sauveroit pas, au respect des creanciers, de la qualité d'heritier pur & simple, ayant commencé par l'immixtion dans les biens de la succession: aprés laquelle, quelque qualité qu'il ait prise, il ne peut plus estre consideré que comme un heritier pur & simple.

Il est aussi necessaire que les Lettres de benefice d'inventaire soient enterinées par le Juge Royal du domicile du défunt, comme l'a jugé le Parlement de Provence par Arrest du 2. Avril 1675. qui est dans la suite de Boniface, tom. 3. liv. 1. tit. 24. ch. 2. dist. 3. & c'est devant luy que l'heritier beneficiaire doit donner caution, & cela, avec les creanciers qui paroissent, & avec les legataires. Du Molin, sur l'art. 150. de la Coutume de Paris. A quoy est conforme la Coutume de Berry, tit. 19. art. 10. Cette formalité de donner caution est si essentielle au benefice d'inventaire, que si de deux heritiers en directe, l'un se dit heritier simple, & l'autre beneficiaire, comme ce-

la se peut, l'heritier beneficiaire sera obligé de donner caution de sa part, quoique l'heritier pur & simple ne soit point obligé de la donner : c'est une des décisions de la Coutume de Sedan, art. 179. Mais il faut observer que l'heritier ne doit cette caution que pour les meubles & les fruits extans lors du decés, non pour les immeubles que les creanciers peuvent faire saisir si bon leur semble, ni par consequent pour les fruits qu'il en peut percevoir dans la suite. Papon, liv. 21. tit. 10. art. 3. en rapporte un Arrest du 27. Juillet 1526. Voyez Lhommeau en ses maximes, liv. 3. tit. 50. Charondas, sur l'article 242. de la Coutume de Paris.

13. La seconde condition du benefice est l'inventaire. La seconde condition est l'inventaire, & tout le monde convient que celuy que le défunt auroit fait, même peu auparavant son decés, ne seroit pas suffisant, s'il n'estoit recolé. Chenu sur Pap. en ses Arr. liv. 21. tit. 10. Arr. 1. Au contraire, celuy qui est fait par un coheritier sert à tous les autres, parce que c'est un acte public, & qu'un second inventaire n'ajoûteroit rien à un premier, que l'on suppose solemnel. Voyez *infra n. 73. & 74.*

14 S'il en faut quand il est notoire qu'il n'y a point de meubles. La notorieté publique qu'il n'y a aucuns meubles dans la succession, ne dispense pas de faire inventaire, & l'Arrest de Tangy du 11. Mars 1602. qui juge, qu'en ce cas, une veuve peut renoncer à une communauté, sans faire inventaire, ne s'observe pas en ce rencontre, comme il sera expliqué au nomb. 79.

15. Qu'il doit estre exact & sous quelle peine. L'inventaire doit estre exact, & le moindre recelé qui est bien justifié, suffit pour faire déchoir l'heritier du benefice d'inventaire, & pour le faire declarer heritier pur & simple, & tenu indistinctement envers les creanciers, parce que celuy-là invoque inutilement le secours des Loix, qui peche contre leur disposition. Cela se peut aussi fonder sur la Novelle 1. de Justinien *de hered. & falcid. cap. 2. §. 2.* & sur la Loy *Scimus ult. §. etsi præfatam 4. C. de jure deliber.* sur l'avis de Fachineus, liv. 4. de ses Controv. chap. 7. Voyez Brodeau, lettre H. n. 24. & R. nomb. 1. Chassanée, sur la Coutume de Bourgogne, rub. 4. art. 21. *in verb.* ayant soustrait. Guy Pap. cons. 42. nomb. 6. Nous avons un grand nombre de Coutumes qui en disposent ainsi, même celle d'Artois, art. 113. laquelle porte, que *si l'heritier beneficiaire a par son inventaire, prisée & compte, recelé aucuns biens du trépassé, dont il a profité, il est reputé heritier simple, & est tenu à toutes les dettes.* C'est aussi le sujet d'une Note de Maître Charles du Molin, sur l'art. 79. de l'ancienne Coutume de ce païs. Ce qui se doit entendre, selon Ferr. Rép. 5. de ce qui s'appelle un veritable recelé, où il entre, non pas seulement de la negligence, mais de la fraude & de la mauvaise foy. Enfin, quoique le President Fabri en son Traité *de error. Pragmat. dec. 2. err. 6.* & Bacquet, en son Traité des Droits de Justice, chap. 21. nomb. 65. soient de contraire avis, & prétendent que l'heritier beneficiaire qui commet des recelez, en est quitte pour restituer les choses recelées, & pour une amende envers le Roy; neanmoins dans l'usage on ne fait aucune difficulté de le condamner indistinctement, & comme heritier pur & simple, envers les creanciers : ce qui a même esté jugé contre un mineur, par Arrest du 21. May 1605. rapporté par Monsieur Loüet, en la lettre H. nomb. 24. & par Monsieur le Prestre, entre les Arretez de la cinquiéme Chambre des Enquestes.

16. Quand il faut un scellé. Il est aussi necessaire de faire apposer scellé avant l'inventaire, principalement lorsque l'heritier demeure dans la maison du défunt, & de faire appeller les creanciers connus pour la levée du scellé, comme pour la confection de l'inventaire : autrement, il sera presumé s'estre immiscé, & l'inventaire sera inutile, suivant le §. *cum igitur* de la Loy *Scimus C. de jure delib.* C'est ainsi que l'on a jugé pour le païs de Droit écrit, que la nommée Françoise Peisselon ayant esté instituée heritiere par Hubert Giry, Notaire à Montbrison, & ayant fait inventaire, sans apposer scellé, & sans convoquer aucuns creanciers, estoit tenuë de toutes les dettes indistinctement, même aux dépens de sa dot, & cela par Arrest du 10. Juillet 1635. rapporté par Henrys, tom. 1. livre 6. chapitre 4. question 11.

Si l'heritier n'est pas demeurant dans la maison du défunt, il n'est pas si necessaire qu'il fasse apposer scellé, l'art. 128. de l'Ordonnance de 1629. n'est pas en usage à cet égard : l'Ordonnance de Blois de l'an 1579. art. 164. semble laisser cela à la discretion des heritiers. Mais il doit observer au moins la précaution qui luy est imposée par l'art. 13. du titre des Successions de la Coutume de Bourges, de faire fermer exactement les lieux à la fin de chaque vacation de l'inventaire. Et pour ne donner aucun soupçon de sa conduite, qu'il sçache qu'il doit accomplir les conditions d'un privilege que le Droit luy accorde, duquel il peut déchoir pour la moindre contravention à la Loy.

Au surplus, il suffit d'un fidele inventaire, & ni la clôture, ni la prisée n'y sont point necessaires. L'on pardonneroit même à un heritier beneficiaire qui l'auroit fait faire par un Juge non Royal, on en cite un Arrest du 17. Juin 1605. plaidant Maistre Beraut pour la Dame de Vaux. Il doit estre fait neanmoins par un Juge ou par un Notaire de Jurisdiction seculiere, quoiqu'il s'agisse de la succession d'un Ecclesiastique. Guy Pape, qu. 261. 17. Condition de l'inventaire.

Les titres des immeubles, & principalement des rentes, doivent estre inventoriez sous peine de recelé. Monsieur d'Argentré, sur l'art. 514. de l'ancienne Coutume de Bretagne, gl. 3. & Monsieur Benoist, *cap. Rayn. verb. Mortuo itaque n. 411.* Bartole sur la Loy finale *C. de jure delib.* avoit même crû, que l'inventaire devoit contenir une description solemnelle des immeubles, mais l'opinion contraire a prévalu, & qu'il suffit d'en inventorier les titres.

Au contraire, l'omission des choses que le défunt avoit déposées en main tierce, estant sans fraude, ne vitie point l'inventaire, selon Paul de Castres, sur la Loy finale *C. de jure delib.*

La troisiéme condition, est la vente des meubles, pour laquelle l'art. 344. de la Coutume de Paris a établi une formalité particuliere, en ordonnant que l'heritier beneficiaire, ou curateur aux biens vacans d'un défunt, soit tenu de faire publier la vente des meubles devant la principale porte de l'Eglise de la Paroisse, où il demeuroit, à l'issuë de la Messe Paroissiale, & de laisser une affiche contre la porte de la maison du défunt. Et Charondas sur cet article, dit avoir vû juger contre l'heritier beneficiaire, qu'à faute d'avoir observé cette formalité, il augmenteroit la prisée du parisis, mais les derniers Commentateurs observent que cet article n'est plus en usage. Il y a des Provinces où l'on n'observe pas ce parisis, mais on condamne l'heritier beneficiaire aux dommages & interests : c'est ainsi que l'on en use en Lorraine. Faber, nomb. 810. Car il faut remarquer que le défaut de toute sorte de formalitez, ne tire pas à consequence pour rendre quelqu'un heritier pur & simple; 18. La troisiéme condition est la vente des meubles & sous quelle peine.

mais seulement celuy des formalitez essentielles au privilege, comme de prendre des Lettres, & de les faire enteriner, & toutes celles qui vont à preserver les interessez de la fraude & du recellé. Et encore la peine de ce défaut de formalitez peu essentielles, ne tombe pas sur la vente ni sur l'acheteur. Car si l'on a vendu des meubles de la succession beneficiaire sans publier la vente à l'issuë de la Messe Paroissiale, & sans afficher contre la maison du défunt, ou sans employer le prix de la vente au payement des dettes, en une Coutume où ces formalitez sont requises & sont d'usage, il ne s'ensuit pas que les creanciers puissent revendiquer ces meubles, & en évincer les acquereurs; mais ils pourront seulement demander la cruë à l'heritier qui en a fait la vente, ou s'ils ne trouvent pas leur compte dans cette cruë, ils pourront demander la juste estimation des meubles au dire d'Experts, suivant les Arrests rapportez par Charondas, sur l'article 344. de la Coutume de Paris. Autre chose seroit à l'égard des immeubles: car si dans la Coutume d'Orleans un heritier beneficiaire avoit vendu un heritage sans les formalitez des criées, contre la disposition de l'article 243. de cette Coutume, j'estime qu'il y auroit action revocatoire, pour faire casser la vente, aussi c'est le sentiment de la Lande sur cet article.

19. La quatriéme condition est le payement des dettes La quatriéme condition, est le payement des dettes qui se fait, ou sur le prix des meubles par privilege, ou selon l'ordre des saisies & arrests, ou par contribution; ou sur le prix des immeubles par privilege, ou selon l'ordre des hypoteques: Que si l heritier beneficiaire intervertit en quelque chose l'ordre naturel du payement des dettes, il en est responsable envers les creanciers, qui le peuvent poursuivre à cet égard sur ses propres biens, *L. ult. §. sin autem C. de jure delib. Scoli. Imb. prax. lib. 1. c. 8.* mais j'estime qu'il n'est censé intervertir l'ordre du payement des dettes, que quand il gratifie un creancier saisissant ou opposant, au préjudice de la saisie & arrest d'un autre qui a saisi le premier, ou qu'il vend les meubles ou les immeubles de la succession sans les formalitez requises & accoutumées d'estre observées; afin de gratifier quelqu'un des creanciers en le payant prématurément, & contre l'ordre des saisies ou des hypoteques, auquel cas il est vray de dire avec la Loy *Cum post mortem §. 1. ff. de administrat. tut. quia officium suum egressus est.* Que si un heritier beneficiaire ayant fait vendre les biens meubles en la maniere qui luy est prescrite par la Coutume, paye les dettes qui viennent à sa connoissance au préjudice d'autres creanciers qui ne sont ni saisissans ni opposans, j'estime que le payement est bon & valable, quoiqu'il fera toujours bien de ne payer qu'à des saisissans & en vertu d'un jugement. Car sa charge l'oblige à beaucoup de précaution, & la Sentence d'enterinement de ses Lettres le rend un administrateur & un dépositaire des biens de la succession, dont il ne doit se désaisir ni vuider ses mains, qu'avec connoissance de cause. Et quand il le fait en vertu d'un jugement, il est reputé le faire justement, suivant la Loy *Quod autem 6. §. apud Labeonem 6. ff. quæ in fraudem*, où il est dit, *cum enim quem Præses invitum solvere cogat, impunè non solvere iniquum est.*

☞ Pour les immeubles, ils ne peuvent estre vendus sans decret, par un heritier beneficiaire: & le decret exclut cette condiction *ex lege*. Que si un heritier beneficiaire avoit vendu un immeuble sans decret, & perverti l'ordre des hypoteques; en ce cas, on pourroit donner aux anciens contre les creanciers posterieures qui auroient touché, la repetition que la Loy *Scimus* appelle *condictio ex lege*, jusques à trente ans; quoique le §. *sin vero heredes 6.* de cette Loy derniere *C. de jure delib.* qui donne cette condiction, ne parle pas de sa durée, parce que c'est une action personnelle qui dure regulierement trente ans.

L'on peut demander si dans le cas où nous venons de dire qu'il est permis à un heritier beneficiaire de gratifier un creancier en le payant, les autres creanciers au préjudice desquels ce payement a esté fait, peuvent s'adresser à ce creancier qui a touché son dû, & l'obliger à rapporter. Car la Loy derniere *C. de jure delib.* leur donne à cet effet une double action, qui est l'hypotequaire, & la condiction *ex lege*, que l'on prétend durer trente ans.

Mais je n'estime pas que cette condiction ait lieu dans nôtre Droit contre un creancier qui a touché sur le prix des meubles, qui dans nôtre usage ne sont point susceptibles d'hypoteque, si ce n'est que le payement ait esté fait au préjudice d'une saisie, mais quand il n'y a point eu de poursuites, le creancier gratifié & payé en argent doit s'éjoüir de sa bonne fortune.

Que si l'heritier beneficiaire paye de ses propres deniers les creanciers de la succession, quoiqu'il ne prennent pas d'eux de cession ni de subrogation de leur créance; il ne laissera pas d'estre subrogé de plein droit à toutes leurs hypoteques, & à tous leurs privileges. Et si cette subrogation n'est pas précisément marquée dans la Loy, il ne faut pas laisser de l'admettre comme tres juste & tres necessaire, pour encourager les heritiers beneficiaires à démesler au plus viste les affaires de la succession. En effet, l'heritier beneficiaire ne fait ces payemens qu'en qualité d'heritier, & pour fortifier son droit, & le rendre plus avantageux, de même qu'un creancier posterieur qui en rembourse un anterieur. C'est pourquoy comme celuy-cy est subrogé de plein droit sans autre cession ni subrogation, que celle qui resulte du payement, *L. 1. C. qui potiores*, aussi l'heritier beneficiaire le doit estre sans autres formalitez; d'autant plus que c'est un ministere public qu'il exerce, nos Coutumes le comparant souvent au curateur aux biens vacans & au Commissaire à la succession abandonnée, & que son office, que la Loy autorise, ne doit pas tourner à sa ruïne. Que si l'on examine même d'un peu prés les termes de la Loy derniere §. *in computatione C. de jure delib.* l'on trouvera qu'elle luy donne plus d'avantage, que la subrogation ne luy en peut produire. Car elle le rend proprietaire incommutable des biens de la succession beneficiaire, à proportion des avances qu'il a faites, distinguant en cela entre ses creances qui sont de veritables avances, & les autres creances qu'il pouvoit avoir contre le défunt; & disant à l'égard de ces avances, *damus heredi licentiam excipere & retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse*; & disant à l'égard de ses creances, *Si verò ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat actionem.*

Enfin, la plûpart estiment qu'en gardant l'ordre qui se doit garder dans les payemens, il se pourra payer luy-même, mais c'est une question qui sera agitée dans la suite, que de sçavoir s'il le peut en demeurant heritier.

Il faut encore estre averti, que l'heritier ne

peut estre poursuivi par les creanciers pendant le temps qui luy a esté accordé pour faire inventaire, au moins pour leur payement actuel: car rien n'empêche que dés qu'il s'est declaré heritier, il ne soit poursuivi en reconnoissance de promesse par un creancier chirographaire.

20. De la poursuite des procés.

Que s'il y a des procés à poursuivre pour la succession, qui soient importans, il peut presenter Requeste à ce qu'il soit ordonné qu'il luy demeurera entre les mains une certaine somme pour les poursuivre, Paul de Castres §. *in computatione, L. fin. C. de jure delib.* mais quelques-uns prétendent qu'il n'est obligé de les poursuivre, qu'aprés l'année dans laquelle il peut estre exclus, & entr'autres Guy Pape qu. 571. Ce qui ne doit pas passer indistinctement, & dépend de la nature des procés, puisqu'il y en a à qui ce retardement seroit fatal. Que s'il avance luy-même les poursuites il doit avoir privilege sur tous les biens de la succession, & estre préferé pour cette avance à toute sorte de creanciers: comme s'agissant d'une dépense faite pour la conservation des biens de la succession. Et c'est le sentiment de Maistre Antoine Mornac sur la Loy *Liberto §. ult. ff. de negot. gest.* & de Monsieur Valla *tract. 6. n. 9.*

21. Des dépens.

Quelques-uns prétendent, que les dépens ausquels l'heritier beneficiaire est condamné, doivent tomber sur luy en pure perte, & il y en a quelques Arrests dans Papon sous le titre d'heritiers par benefice d'inventaire, mais cela consiste en connoissance de cause, & il est juste que cet heritier ne porte que la peine de sa calomnie, & les dépens du procés qui est manifestement injuste, & qu'il a intenté luy-même, & alors le jugement qui condamne l'heritier beneficiaire aux dépens, ajoûte qu'il ne les pourra employer dans son compte.

22. Que l'heritier beneficiaire n'est point tenu des dettes *ultra vires.*

Pour examiner à present quels sont les effets du benefice d'inventaire, & quelle est l'étenduë de ce privilege, il faut commencer par ce qui est de plus constant dans le benefice d'inventaire, que l'heritier beneficiaire a ce privilege de ne pouvoir estre tenu envers les creanciers audelà des forces de la succession, *ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devoluta valeant,* dit la Loy *Scimus* dern. *C. de jure delib.* Et cecy est un point fixe, dont on peut dire que dépend toute la matiere.

23. Consequences que nous avons tirées de cette maxime.

Car nous avons tiré ces consequences, que l'heritier beneficiaire n'estant point tenu audelà des forces de la succession, il conserve & ne confond point sa creance suivant cette même Loy, ni ses biens particuliers, que son patrimoine demeure separé de celuy du défunt, à la succession duquel il peut faire créer un curateur pour exercer les actions qu'il avoit à intenter contre luy, & même (encore que le Droit semble ne le pas autoriser expressément) nous dispensons l'heritier beneficiaire d'estre poursuivi en ses propres biens par les creanciers, jusques à la concurrence des biens du défunt; quoique dans le Droit le maître qui n'estoit pas tenu audelà du pecule, ne laissoit pas d'estre poursuivi & contraint sur ses biens propres. Enfin, nous luy donnons ce privilege non seulement pour les dettes personnelles du défunt, mais pour les rentes foncieres qui emportent une obligation personnelle de l'heritier durant la détention; laquelle fait partie de l'action mixte. Ainsi nous exemptons l'heritier beneficiaire du principal effet de l'action personnelle, & quoique d'ailleurs il entre en possession des biens du défunt, nous ne le considerons point comme un veritable possesseur, & ne l'assujettissons point à payer le total des dettes ou à déguerpir, mais nous réduisons les creanciers à saisir réellement les heritages de la succession, & à en poursuivre le decret, suivant l'Arrest du 1. Juin 1592. rapporté par Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 22. & 23. & rendu luy plaidant.

Il n'est pas neanmoins sans exemple que l'on donne des provisions aux creanciers les plus favorables pendant la discussion du benefice d'inventaire. Voyez la suite de Boniface tom. 3. liv. 1. tit. 24. chap. 5. Mais cela ne doit s'observer que lorsqu'on est persuadé que l'heritier beneficiaire prolonge la discussion, & retarde le jugement de son compte par des procedures superfluës, & qu'il y a des deniers entre ses mains. Car hors ces circonstances, d'une dette extrêmement favorable, d'un heritier qui est en demeure de rendre compte, & qui a vraisemblablement des deniers entre les mains, les provisions ne doivent estre données que contre les fermiers judiciaires, ou contre le Commissaire aux saisies réelles; & non contre l'heritier beneficiaire, qui ne doit jamais estre poursuivi sur ses propres biens.

Il y a un autre cas où l'heritier beneficiaire peut estre poursuivi sur ses propres biens, & audelà des forces de la succession. C'est quand oubliant son privilege il a répondu à un des creanciers en qualité d'heritier, & luy a passé titre nouvel; car, en ce cas, il est tenu envers ce creancier particulier, comme un heritier simple. Il y en a un Arrest dans les questions de Peleus, question 44. en datte du 10. Juillet 1599. confirmatif d'une Sentence de Messieurs des Requestes du Palais: ensorte que si ce creancier estoit dernier creancier, le fond de la succession beneficiaire manquant sur les autres, l'heritier seroit obligé de payer à ses dépens.

D'un autre côté, nous obligeons l'heritier beneficiaire de soutenir toutes les actions qui se pouvoient intenter contre le défunt. Nous ne luy permettons pas d'aller contre le fait du défunt, ni de retirer un heritage de la succession qui a esté vendu sur luy en qualité d'heritier beneficiaire, comme il a esté jugé par deux Arrests rapportez par Monsieur Bouguier en sa lettre R. nomb. 16. l'un du 7. May 1609. & l'autre de l'an 1621. Aussi nous l'obligeons de rapporter à ses coheritiers les avantages qui luy ont esté faits par le défunt; tandis principalement qu'il ne renonce pas à la succession beneficiaire. Ce qui se doit entendre du rapport qui auroit lieu contre un heritier pur & simple, c'est-à-dire, selon la Coutume de Paris, des legs en collaterale, & des legs & des donations en ligne directe. Monthelon Arrest 90. Loüet en la lettre R. nomb. 13.

24. A quoy l'heritier beneficiaire est sujet.

Et pour chercher les principes de ces préjugez, l'on peut demander une chose, que plusieurs ne croirons pas faire la matiere d'une question; mais que l'on verra neanmoins avoir ses difficultez, si lorsqu'on dit que l'heritier beneficiaire ne confond point, cela signifie seulement que sa creance est en suspens, & que quand aprés cela il vient à rendre compte & à renoncer, il rentre dans ses droits, sans qu'on luy puisse opposer qu'il s'est une fois declaré heritier; comme l'on dit que celuy qui n'est pas proprietaire incommutable ne confond point, ce qui veut dire que quand il est évincé, comme au cas de la restitution obtenuë par un mineur contre une vente; il rentre dans tous les droits qu'il avoit auparavant sur l'heritage, soit rentes foncieres, hypoteques, servitudes réelles: auquel cas ce privilege de l'heritier

25. Si l'heritier beneficiaire est obligé de renoncer pour venir utilement en ordre à raison de ses creances particulieres.

beneficiaire iroit seulement à suspendre la confusion, qui auroit toûjours lieu, quand l'heritier en estant requis par un creancier posterieur, declareroit ne vouloir pas renoncer à la succession beneficiaire, ou si le veritable sens dans lequel on dit qu'un heritier beneficiaire ne confond point, est qu'en demeurant heritier il vient en son ordre, & se fait actuellement payer sans estre obligé de renoncer, ensorte que deslors qu'il y a des lettres de benefice d'inventaire, deslors l'heritier demeure veritablement heritier & creancier tout ensemble, & se peut faire payer de sa creance.

Que pour toucher son dû il doit renoncer.

D'un costé il semble qu'il n'y a rien de plus naturel, que de dire, que l'heritier par l'effet du benefice d'inventaire, qui est de separer les biens du défunt d'avec les siens, suspend d'abord la confusion pour avoir lieu de discuter la succession, sans confondre & sans perdre les creances qu'il avoit sur le défunt, mais que quand il veut conserver sa qualité aprés cette discussion, qu'il s'agit de faire un ordre, & qu'un creancier posterieur luy soutient qu'il ne peut pas venir en ordre, à moins que de renoncer à la succession, alors il doit ou se tenir à sa qualité d'heritier, & par consequent confondre sa creance, & laisser passer le creancier posterieur, ou s'il veut venir en ordre, il doit renoncer à sa qualité d'heritier beneficiaire, & de cette maniere il sera vray de dire, non pas que le benefice d'inventaire empêche absolument la confusion, mais qu'il la suspend. Aussi quand une fois il a discuté les biens de la succession, il doit estre certain s'il y a du profit ou non, & se déterminer là-dessus.

Il peut donc faire liquider ses droits, mais il ne peut pas les exiger, sans renoncer à la succession beneficiaire; parce qu'il ne peut pas exiger de luy-même, & que le curateur qu'il fait créer pour liquider ses creances, n'est pas partie capable pour les payer, tant qu'il demeure heritier beneficiaire. Et puisqu'une fois nous avons reçû la renonciation de l'heritier beneficiaire qui est d'une merveilleuse invention, pour sauver les incompatibilitez, qui resultent des qualitez de donataire, de doüairier & de creancier, avec celle d'heritier, ce ne seroit pas se prévaloir de ce droit, que nous avons si heureusement établi, & avec tant d'avantage sur le Droit Romain, que de ne le pas appliquer icy, où il s'agit de sauver la plus formelle de toutes les incompatibilitez, qui est celle d'agent & de patient, de creancier & de debiteur.

C'est sur le même fondement qu'un heritier beneficiaire ne peut pas interrupter de tiers détempteurs, Bacquet des Droits de Justice, chapitre 15. nomb. 33. Adrien sur la Coutume de Senlis article 149. glos. 1. nomb. 7. parce que quand il s'agit une fois de l'execution de sa creance, il faut qu'il renonce, ou bien il confond en sa personne les qualitez de creancier, de debiteur & de garant. C'est aussi sur le même fondement qu'il est obligé de rapporter à ses coheritiers les liberalitez, qu'il a reçûës du défunt, si mieux il n'aime renoncer à la succession beneficiaire. Il ne peut pas exercer le retrait d'un heritage vendu sur luy, comme heritier beneficiaire, Bouguier en la lettre R. nomb. 16. ni de la portion qui a esté venduë pour les dettes du défunt sur son coheritier, Brodeau sur la lettre R. de Monsieur Loüet nomb. 13. parce qu'en ces trois derniers cas il est reputé vendeur. Enfin, avant la cession d'un des creanciers de la succession, il ne peut pas, en ce cas même, interrupter un tiers détempteur d'un heritage vendu par le défunt, & c'est le sentiment de Bacquet des Droits de Justice, chap. 15. nomb. 33. mais il peut tout cela en renonçant: car comme le benefice d'inventaire a empêché la confusion & l'a tenuë en suspens; lorsqu'il vient à renoncer il peut executer ses creances, il peut intenter action en declaration d'hypoteque, ou même l'action hypotequaire contre les détempteurs des biens. Il le peut à plus forte raison pour les creances des autres dont il a la cession.

Qu'il n'est point obligé de renoncer pour toucher son dû.

D'un autre costé quand la Loy *Scimus C. de jure delib.* a établi que l'heritier beneficiaire n'est point tenu au delà des forces de la succession, & par consequent qu'il ne confond point ses propres creances, elle n'a pas entendu qu'il renonçast, au contraire le Droit ne fait aucune mention de la renonciation de l'heritier beneficiaire, & établit une maxime opposée, que *qui semel heres, nunquam desinit esse heres.* Ainsi cette Loy a voulu donner cette prérogative à l'heritier beneficiaire de se payer, comme creancier, & de profiter du restant des biens les dettes payées. Et il semble que les creanciers, qui sont posterieurs en datte à l'heritier beneficiaire, ne souffrent en cela aucun préjudice, puisque, ou il y a de quoy les payer tous, ou l'ordre doit demeurer sur eux: Au premier cas ils font rendre compte à l'heritier & sont payez de leur dû; au second, quand ils obligeroient l'heritier beneficiaire de renoncer, il leur seroit toûjours préferé estant anterieur en hypoteque. Aussi Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. titre 5. nomb. 22. dit, que l'heritier beneficiaire ne conserve pas un titre lucratif; mais qu'il conserve un titre onereux, qu'il est obligé de rapporter les donations que le défunt luy a faites; mais qu'il peut exiger ce qui luy estoit dû par le défunt: Cependant il est constant qu'il ne rapporte pas quand il renonce. Et de fait tous les Arrests qui l'ont condamné au rapport, ont ajoûté, *si mieux il n'aime renoncer dans un certain temps.* Ainsi Maistre René Chopin a voulu établir pour difference entre les titres lucratifs, & les titres onereux, entre le rapport, & la confusion, qu'un heritier beneficiaire rapporte les donations qui luy ont esté faites, lorsqu'il ne renonce pas à la succession beneficiaire, mais qu'il ne laisse pas, en ce même cas, de conserver sa creance.

D'ailleurs, si l'on examine les suites & les consequences de l'opinion contraire, on y trouve ces deux inconveniens. Le premier, qu'il seroit souvent injuste d'obliger l'heritier beneficiaire de renoncer, pour venir utilement en ordre; parce qu'il est assez ordinaire que l'ordre est en état; & que neanmoins la quantité des biens de la succession n'est pas encore certaine: dautant, par exemple, qu'il y a des procés, dont il peut revenir un profit, ou une perte considerable à l'heritier, lesquels sont indécis. Ainsi il seroit assez dur d'obliger l'heritier beneficiaire de renoncer par avance, & sans attendre ces évenemens.

Le second, est que cela rendroit l'évenement des jugemens fort incertain. Car l'heritier qui n'auroit pas esté colloqué faute de renoncer à la succession beneficiaire, aprés avoir attendu un long-temps, pour voir quel seroit le progrés des affaires d'une succession, & voyant qu'il n'y auroit pas d'augmentation, ne manqueroit pas d'appeller & de renoncer. Comme au contraire il con-

sentiroit la confusion s'il y voyoit du progrés, ce qui tiendroit un trop long-temps en suspens l'execution de la Sentence d'ordre.

Que si l'on considere que la Loy *Scimus*, sans avoir établi la renonciation, avoit dispensé l'heritier beneficiaire de la confusion en ces termes, *Si quas verò contra defunctum habeat actiones, hæ non confundantur*, & que d'ailleurs, les creanciers n'ont aucun interest à l'obliger à cette démarche: parce que s'ils sont anterieurs, il ne leur peut pas disputer leur ordre d'hypoteque; mais s'ils sont posterieurs il leur sera toûjours préferé, quand ils l'obligeront de renoncer. Enfin, si l'on fait reflexion sur l'embaras des délais qui seront demandez par un heritier beneficiaire, avant que de faire cette dangereuse démarche d'une renonciation, ou parce que le jugement d'un procés sera instant, ou pour d'autres causes tres-pressantes & tres-legitimes, l'on conclura aisément pour ce dernier parti. D'autant plus que l'usage le confirme & qu'il se suit dans tous les ordres, comme j'apprends que l'on a fait par l'Arrest d'ordre de Maran & de Vauxjour, rendu au rapport de Monsieur le Boult le 7. Septembre 1678. Il y en a aussi un Arrest du Parlement de Toulouse rapporté par la Rocheflavin, liv. 6. tit. 58. Art. 4.

15. Que la succession ni les autres creanciers ne prescrivent point la creance de l'heritier beneficiaire.

Au surplus j'estime, contre l'avis de du Perrier liv. 1. qu. 4. qu'en aucun cas la succession ni les autres creanciers ne peuvent prescrire contre l'heritier beneficiaire les creances qu'il peut avoir sur elle. Et premierement, il est constant que la prescription ne peut avoir lieu pour les avances qu'il a faites pour la succession, soit pour les obseques, soit pour les gages des domestiques, soit pour l'execution du testament, soit pour les dettes: car la Loy *Scimus C. de jure delib.* luy donne même la retention & la proprieté des biens, jusques à la concurrence de ces avances: aussi cet Auteur convient de cette proposition. En second lieu, cette prescription ne doit point avoir lieu non plus pour les creances que l'heritier beneficiaire avoit sur le défunt; parce qu'il est en possession de ses biens, sur lesquels il prétend se venger, & cela dépend d'un compte; mais cependant il suffit qu'il joüisse des biens de la succession pour n'estre point sujet à une prescription, & joüissant au nom de tous les creanciers, il est présumé joüir aussi pour luy-même & pour ses propres creances: parce qu'il ne les confond point, *non hæ confundantur; sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam.* Or un creancier qui est en possession, n'est sujet à aucune prescription; parce qu'il ne peut pas faire plus, & celuy-cy joüit même *animo Domini*, & non seulement comme simple creancier.

J'estime que cette décision doit avoir lieu au cas même que cet heritier beneficiaire ne soit pas dans une possession réelle & corporelle des effets de la succession; parce qu'il suffit que *animo possideat*, les autres possesseurs joüissant pour luy dés qu'il est heritier.

L'on connoistra encore mieux la nature du benefice d'inventaire, si on examine deux questions triviales. La premiere, si l'heritier beneficiaire, tandis qu'il ne renonce point, ou même aprés avoir renoncé, est obligé de rapporter aux creanciers de la succession les avantages qui luy ont esté faits par le défunt. La seconde, si en renonçant il s'exempte de rapporter à ses coheritiers. C'est ainsi que ces deux questions doivent estre proposées: car on ne doute pas que l'heritier beneficiaire, en conservant sa qualité, ne soit obligé de rapporter à ses coheritiers.

16. Si l'heritier beneficiaire est tenu de rapporter aux creanciers les liberalitez qu'il a reçûes du défunt.

Il y a un principe pour la question qui concerne l'interest des creanciers, que le rapport n'est établi que pour l'égalité, dans les cas où elle est necessaire, lequel se verifie dans plusieurs exemples. Le premier, qu'un legataire universel étranger, ni même celuy qui estoit un des heritiers présomptifs, ne peut pas obliger l'enfant heritier *ab intestat*, qui se tient aux quatre quints des propres, de rapporter les propres même, qui luy ont esté donnez par donation entrevifs, & ne peut pas les imputer sur les quatre quints: La raison estant, que l'égalité n'est point requise entre un legataire universel, & un heritier *ab intestat*. Le second est, que le fisc estant subrogé aux droits d'un des coheritiers, ne peut pas obliger ses coheritiers au rapport; parce que l'égalité n'estant point requise entr'eux, les incompatibilitez des qualitez de donataire & d'heritier, & par consequent le rapport, n'ont point lieu dans ce cas, c'est le sentiment de Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 3. nomb. 19. de même que l'on croit, que lorsqu'il est aux droits de l'aîné il ne peut pas prétendre de droit d'aînesse, ce qui est ainsi décidé par l'article 344. de la Coutume de Normandie. Le troisiéme est, que si on a laissé un simple usufruit à celuy qui a droit de legitime, & qu'il demande sa legitime en pleine proprieté; pour sçavoir si on luy fera rapporter l'excedant de son simple usufruit, il faut distinguer, selon le sentiment de plusieurs, si celuy qui luy fournit sa legitime est un heritier présomptif, ou un étranger, & il ne rapporte pas cet excedant à l'égard d'un étranger, mais bien à l'égard d'un heritier présomptif. Le quatriéme est, que dans les Coutumes qui obligent le renonçant au rapport, comme Touraine, le Maine & Anjou, il n'y a que les heritiers présomptifs qui le puissent demander aux termes des Arrests, & les creanciers n'y sont pas recevables, même ceux dont les creances sont anterieures aux donations, sauf à eux si les donations sont d'immeubles, à se pourvoir contre les donataires en déclaration d'hypoteque: & c'est ce qui a esté jugé en la Coutume de Loudun, qui a une disposition semblable, par Arrest du 17. Aoust 1616. rapporté par Brodeau sur la lettre D. de Monsieur Loüet nomb. 56.

17. Divers exemples qui justifient qu'où l'égalité n'est pas requise, le rapport n'a pas lieu.

18. Que les creanciers ne peuvent demander le rapport à l'heritier beneficiaire.

Ce principe présupposé, je dis en un mot que l'action de rapport n'est pas naturelle, mais qu'elle n'est pas même permise aux creanciers de la succession, quoiqu'ils en ayent d'autres, qui en certains cas peuvent avoir à peu prés le même effet. Et je conclus sur ce fondement que les creanciers de la succession ne pourront obliger l'heritier beneficiaire même en directe au rapport des donations entre-vifs que le défunt luy a faites; parce qu'il peut estre à leur égard donataire, sauf à eux d'intenter les actions, qui leur sont propres, même l'action revocatoire fondée sur le titre *de his quæ in fraudem.* Ils pourront aussi saisir le legs fait par le défunt à l'heritier beneficiaire, & soutenir que le titre onereux doit prévaloir sur le titre lucratif, & qu'il faut payer les dettes avant les legs. Mais encore un coup le rapport n'a pas esté établi pour eux, & il ne faut pas dire que ce soit une chose favorable, que de rapporter à des creanciers; mais que c'est une chose fort juste que de les satisfaire, lorsqu'ils intentent les actions qui leur sont propres.

19. Non pas même du chef des coheritiers.

Je vais plus loin & je soutiens, que non seulement les creanciers ne peuvent pas demander le rapport de leur chef; mais qu'ils ne le peuvent du chef des coheritiers, & comme exerçant les droits des uns contre les autres, parce que les choses données, principalement celles données en-

tre-vifs, ne sont point de la succession au respect des creanciers: mais sont des biens propres & particuliers aux coheritiers, qu'ils rapportent neanmoins entr'eux pour entretenir l'égalité. Ainsi les creanciers ne pouvant se venger sur leurs biens propres & particuliers, à cause du benefice d'inventaire, qui leur fait obstacle, ils ne peuvent non plus les obliger de les rapporter. Les heritiers, dis-je, les rapportent entr'eux, & ces biens entrent à leur égard dans la masse de la succession; mais comme ce rapport n'a aucun fondement que l'égalité, dés que des étrangers se veulent venger sur ces biens, même en exerçant les droits des coheritiers, ces biens sortent de la masse, & deviennent propres aux heritiers: parce que la cause efficiente du rapport cesse en ce moment. D'ailleurs, cette action de rapport que les creanciers voudroient exercer seroit prématurée: car le rapport ne vient que dans le partage, & les heritiers beneficiaires n'en peuvent faire aucun tandis qu'il reste des creanciers à payer. Il faudroit pour exercer ce rapport supposer un partage, lequel ne se fera peut-estre jamais, & oster aux coheritiers la faculté de renoncer à la succession beneficiaire, ce qui n'est pas juste. Cela n'empêche pas que, comme il a esté déja dit à l'égard des choses leguées aux coheritiers, elles ne puissent estre saisies & venduës à la requeste des creanciers, comme estant de la succession, & les titres onereux devant prévaloir sur les titres lucratifs, ce qui ne s'appelle pas rapport.

30. Que les biens sujets à rapport ne sont de la succession beneficiaire, qu'au respect des coheritiers.

31. Que l'action des creanciers seroit necessairement prématurée.

Il est donc vray de dire, qu'en aucun cas les creanciers du défunt, ne peuvent demander le rapport aux heritiers beneficiaires, ni de leur chef, ni comme exerçant les droits des coheritiers, qu'ils ne le peuvent demander pendant que les coheritiers conservent la qualité d'heritiers beneficiaires; parce qu'ils ne partagent & ne rapportent qu'aprés que toutes les dettes ont esté payées, & qu'ils ne le peuvent demander non plus aprés la renonciation des heritiers; parce qu'il n'y a plus alors de matiere de rapport ni de partage. Que s'il arrivoit que des heritiers beneficiaires partageassent les biens de la succession, & fissent des rapports entr'eux à cet effet, avant que d'avoir satisfait les creanciers, en ce cas-là même, les creanciers ne pourroient pas nonplus toucher aux choses rapportées, que le benefice d'inventaire separe d'avec les biens existans, & des effets laissez par le défunt, lesquels seuls il leur est permis de saisir. En effet, un tel partage ne seroit qu'une division de regie & d'administration des biens de la succession, qui ne priveroit point les heritiers de l'effet du benefice d'inventaire, ni même de la faculté de renoncer ensuite à la succession beneficiaire: pourvû qu'ils en rendissent un bon & fidele compte aux creanciers. Aussi ce n'est pas une chose sans exemple dans nostre Jurisprudence, qu'un enfant donataire rapporte, & que neanmoins les creanciers ne puissent pas se venger sur ce qu'il rapporte: ce que l'on a admis en matiere de legitime, lorsque l'on a permis aux legitimaires, pour se mettre en état de percevoir leur legitime, sans s'assujettir aux dettes posterieures aux donations, de prendre des Lettres de benefice d'inventaire, afin qu'en qualité d'heritiers beneficiaires & legitimaires, ils pussent obliger les donataires de rapporter pour leur legitime, & qu'ils pussent renoncer ensuite à la succession beneficiaire.

32. *Quid* si les heritiers beneficiaires partageoient entr'eux avant que d'avoir payé les dettes.

33. Exemple tiré de la matiere de la legitime.

Dans cette décision, qui est autorisée de Maître Jean Marie Ricard, & de plusieurs autres, l'heritier legitimaire donne atteinte pour sa legitime à des donations anterieures aux dettes, sur lesquelles les creanciers n'ont aucun droit, au lieu que dans nostre espece, des heritiers beneficiaires qui auront partagé, & rapporté leurs donations en venant à partage, lorsqu'il se trouvera de nouvelles dettes à acquitter, renonceront à la succession beneficiaire: ce qu'ils ne feront pas, à l'effet de conserver des retranchemens qu'ils auront obtenus en qualité d'heritiers beneficiaires, mais pour conserver leur propre bien.

Voilà donc trois cas differens que j'estime dépendre des mêmes principes, & devoir estre décidez de la même maniere, celuy auquel on suppose les heritiers beneficiaires encore dans l'administration, celuy auquel on les suppose avoir renoncé, & celuy auquel on les feint estre entrez en partage. Dans ces trois cas les creanciers de la succession ont droit de saisir les biens extans: Que si leurs creances sont anterieures aux donations faites aux heritiers, ils ont leurs actions en declaration d'hypoteque; parce que ces biens ainsi donnez, n'ont rien de commun avec les biens de la succession, qu'ils doivent saisir réellement, comme nous dirons au nomb. 68. Enfin, si les donations de choses mobiliaires, & non susceptibles d'hypoteques, ont esté faites en fraude de leurs creances, il vaudroit encore mieux leur donner, en ce cas, l'action revocatoire aux termes du Droit: Mais l'action de rapport n'est point leur action, elle n'a esté établie que pour l'égalité, & ce motif de la Loy ne les concerne pas. Ils ne doivent point examiner si les heritiers feront un partage, ou non; puisqu'ils n'en peuvent faire au préjudice de leurs creances: & que quand ils seront une fois payez, les heritiers feront ce qui leur plaira. Auparavant cela les creanciers doivent saisir les biens, & les heritiers discuter les dettes: ces biens ne sont que les biens qui se trouvent lors du decés, & ne sont point les biens propres des heritiers, que le benefice d'inventaire separe de ceux que le défunt a laissez: Il est toûjours incertain si les heritiers demeureront heritiers, ou non, tandis qu'il reste des dettes, & il seroit injuste de leur oster par avance l'effet du benefice d'inventaire, contre les termes de la Loy *Scimus C. de jure delib.* qui dit, *nihil ex sua substantia penitus amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.*

Il faut pourtant avoüer que les anciens Arrests obligeoient l'heritier beneficiaire, d'employer dans son compte les donations que le défunt luy avoit faites, si mieux il n'aimoit renoncer à la succession beneficiaire, tel fut l'Arrest de Lomel, rapporté par Monsieur Loüet, lettre H. nomb. 13. & l'Arrest de saint Yon, dont il fait mention au même endroit. Mais la chose parle d'elle-même, & il est aisé de juger s'il y a apparence d'obliger des heritiers, de rapporter dans un compte, ce qu'ils retireront incontinent aprés, si par ce compte ils trouvent la succession onereuse, & s'ils sont obligez d'y renoncer: si on les doit contraindre de rapporter, souvent avant que de partager, & dans un temps auquel ils peuvent encore renoncer: enfin, si le benefice d'inventaire n'estant autre chose, qu'une prorogation du délai de déliberer, comme il sera expliqué incontinent, on doit faire faire un rapport à ceux qui déliberent.

A l'égard de la seconde question, nous présupposons d'abord que les heritiers beneficiaires qui entrent en partage avant que d'avoir achevé la discussion du benefice d'inventaire, sont obligez de rapporter respectivement les donations qui leur ont esté faites. Ce qui aura lieu en cas qu'en ligne directe l'un soit heritier par

34. Si l'heritier beneficiaire en renonçant s'exempte de rapporter à ses coheritiers.

benefice d'inventaire, & l'autre heritier pur & simple. Mais nous demandons si cet heritier beneficiaire venant à renoncer, est obligé de rapporter à son coheritier?

Raisons pour le rapport.

Il semble que dés le moment que l'on s'est porté heritier d'un défunt, l'on se soumet à la Loy du rapport envers ses coheritiers, dans les cas où le rapport doit avoir lieu, & qu'il n'y a point de distinction à faire, à cet égard, entre l'heritier beneficiaire, & l'heritier pur & simple; parce que le benefice d'inventaire ne sert que contre les creanciers, pour faire que l'heritier ne soit obligé envers eux, qu'à proportion de ce qu'il y a de biens dans la succession, *in quantum substantiæ ad eum devoluta valeant*: mais il ne concerne point les coheritiers, contre lesquels il n'a point esté établi; par consequent il n'empêche point le rapport à leur égard. Et comme le benefice ne regarde que les creanciers, aussi la renonciation à la succession beneficiaire, qui est un moyen tel que tel, que nous avons inventé, pour tâcher de tirer d'affaire un heritier qui s'est immiscé, ne doit concerner que les creanciers, & non point les coheritiers, à l'égard desquels celuy qui est une fois heritier, demeure toûjours tel, & ne se peut dispenser du rapport.

En effet, l'heritier beneficiaire, qui se dispenseroit du rapport par sa renonciation, feroit la même chose, que celuy qui se declareroit heritier sous cette condition, que la succession se trouvât solvable, & qui voudroit renoncer au moment qu'il la reconnoistroit insolvable, & éluder le rapport: ce qui est expressément défendu par la Loy *Eum qui 51. §. 2. ff. de adquir. vel omit. hered.* à cause que l'addition d'heredité est un acte legitime, qui ne souffre ni jour ni condition, & qui doit se faire purement & simplement. Aussi voyons nous que hors le cas de la renonciation, l'heritier beneficiaire qui n'est point obligé au rapport envers les creanciers, est obligé de rapporter aux coheritiers. Par consequent s'il se met à couvert de la poursuite des creanciers par sa renonciation, il ne suit pas qu'il se dispense par-là du rapport qu'il doit à ses coheritiers.

Que si l'on objecte que l'heritier beneficiaire qui renonce, auroit même action contre la succession, pour la garantie du contenu en sa donation, & qu'il viendroit pour cela en ordre, comme les autres creanciers; parce qu'il doit estre entierement indemnisé, en ce cas, & principalement dans nostre Droit, qui a admis la renonciation de l'heritier beneficiaire; puisqu'il l'estoit bien dans le Droit Romain, qui ne l'a point admise, suivant le §. *& si præfatam 4.* de la Loy *Scimus C. de jure delib.* qui ordonne, que *nihil ex sua substantia penitus amittant*, il est aisé de répondre, que tout cela n'auroit lieu qu'à l'égard des creanciers, contre lesquels il est décidé, que l'heritier beneficiaire ne confond point, mais non à l'égard des coheritiers, au profit desquels cette action est confuse de plein droit. Car la Loy *Scimus* pourvoit à l'heritier qui a fait inventaire, pour luy donner la falcidie contre les legataires, elle luy fournit une ressource contre les creanciers, pour n'être point tenu audelà des forces de la succession; mais elle ne luy donne aucun secours contre ses coheritiers: parceque le benefice d'inventaire est établi pour éviter la ruïne de l'heritier; mais non pas pour empêcher qu'il ne soit égalé à ses coheritiers, à l'égard de qui il a seulement les délais de déliberer, pendant lesquels il doit voir s'il luy est avantageux d'estre heritier.

Raisons contre le rapport.

L'on dit d'autre part, pour exempter l'heritier beneficiaire qui renonce, de rapporter à ses coheritiers, que l'esprit de la Loy de Justinien a esté de mettre les interests de l'heritier à couvert, pourvû qu'il fist inventaire: or il semble qu'on ne l'indemnise pas suffisamment lorsque les dettes épuisant la succession, & ainsi le titre d'heritier luy estant entierement infructueux, ce qui l'oblige d'y renoncer, on le veut obliger de rapporter ce qu'il avoit reçû du défunt, & que ce n'est pas satisfaire à ces termes de la Loy *Scimus, nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant*, qui est la raison pour laquelle dans nostre Droit, il n'est jamais poursuivi sur ses propres biens, non pas même en vertu de l'obligation personnelle, qui resulte de sa détention d'un heritage de la succession sujet à une rente fonciere qui ne se peut poursuivre que sur l'heritage qui doit la rente, ou sur les autres biens de la succession beneficiaire. Car on ne peut pas disconvenir que les donations qui ont esté faites par le défunt ne fassent partie des biens de l'heritier; puisque l'inventaire en empêche la confusion avec ceux du défunt, & que la Loy ne conserve à l'heritier sa propre creance, qu'en empêchant que tous ses biens ne soient confus avec la succession du défunt. Autre chose, est lorsqu'il y a des biens de reste, les dettes payées, & qu'il demeure heritier, & vient à partage: car en ce cas, la donation & la succession sont deux titres lucratifs, qui ne se doivent pas accumuler entre coheritiers en ligne directe, au préjudice de l'égalité naturellement requise en cette ligne.

Que si la chose pouvoit faire difficulté dans le Droit Romain, à cause qu'il n'avoit pas reçû les renonciations de l'heritier beneficiaire; (car ces termes de la Loy *Scimus, licet eis adire hereditatem & sine damno ab ea discedere*, ne se doivent point entendre de la renonciation, mais seulement de l'indemnité promise à l'heritier qui fait inventaire: car *abire* ou *discedere indemnis*, ne veut dire autre chose, sinon que l'on doit estre indemnisé;) il semble au moins qu'elle n'en doit pas faire dans nostre païs coutumier, en présupposant que l'heritier que l'on veut obliger au rapport, ait renoncé à la succession beneficiaire, ce qu'un ancien usage qui est attesté par Maistre Antoine Mornac, sur la Loy 11. *§. fin. ff. de interrogat.* luy permet parmi nous. Et en cela même, nostre Droit a un avantage considerable sur le Droit Romain: car puisque l'on vouloit exempter un heritier, qui faisoit un inventaire, d'estre tenu audelà des forces de la succession, & de confondre ses propres creances, pourquoy ne luy permettoit-on pas de renoncer aprés une discussion entiere de la succession, & pourquoy luy laisser un titre sterile, & qui non-seulement ne luy produisoit rien; mais qui ne rendoit point la condition des creanciers plus avantageuse, d'autant plus qu'en d'autres cas, on admettoit la renonciation de celuy qui s'étoit une fois declaré heritier, comme lorsqu'un testateur avoit institué pour ses heritiers son fils, qui estoit en sa puissance, & un étranger: car si l'étranger ayant accepté, le fils venoit à s'abstenir, l'on promettoit à l'étranger, qui s'estoit attendu d'avoir un coheritier, se voyant institué avec un heritier necessaire, de renoncer à toute la succession, si mieux n'aimoient les creanciers se contenter de luy demander sa part des dettes,

c'est-à-dire, la moitié à laquelle il s'estoit soumis, sauf à le poursuivre en declaration d'hypoteque, *L. cum hereditate 55. ff. de adquir. vel omitt. hered.* & le §. 2. aux Instit. *de hered. qualit. & differ.* observe que cela avoit esté autrefois accordé à quelques particuliers par des Rescrits de l'Empereur Adrien : & que l'Empereur Gordien en avoit fait un privilege particulier pour les soldats.

En second lieu, de vouloir obliger l'heritier beneficiaire, qui contraint de renoncer pour les dettes de la succession, à rapporter à ses coheritiers, c'est confondre nos Coutumes, avec celles de Touraine, Anjou, & le Maine, dans lesquelles on rapporte sans venir à partage & en renonçant: quoiqu'on ait toujours estimé que ces Coutumes sont singulieres, & que l'art. 307. de nostre Coutume de Paris, permette précisément de se tenir à son don, en s'abstenant de la succession. Car, ou nous recevons inutilement l'heritier beneficiaire à renoncer; ou nous devons dire que par l'effet de cette renonciation il cesse d'estre heritier, & que le benefice d'inventaire fait une exception à la regle, *qui semel est heres*, & qu'ainsi il n'est plus obligé de rapporter. Et à quelle autre fin aurions-nous établi cette renonciation ? seroit-ce pour le tirer d'embaras, & le dispenser de répondre aux creanciers; & il est constant que non-seulement il doit en renonçant rendre compte aux creanciers apparens, mais qu'il doit communiquer ce compte à ceux qui se presentent depuis, & cela à cause de la gestion qu'il a faite. Seroit-ce pour faire qu'aprés qu'il a justifié aux creanciers qu'il a employé ce qu'il a reçû, il fût quitte envers ceux qui resteroient à payer, & aux termes du Droit qui ne l'admettoit point à renoncer à la succession beneficiaire, il avoit ce même privilege. Seroit-ce pour luy conserver sa creance ? & le Droit la luy conservoit sans cette formalité : *Si verò ipse contra defunctum aliquas habet actiones, hæ non confundantur; sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam*, dit la Loy *Scimus C. de jure delib.* Ainsi mal à propos nous aurions donné cours aux renonciations des heritiers beneficiaires, si elle n'avoient cet effet, que l'heritier beneficiaire qui renonce, cesse d'estre heritier, & n'est plus tenu qu'à rendre compte de son maniement.

En troisiéme lieu, on a établi le benefice d'inventaire comme une grace plus pleine & de plus grande étenduë que le droit de déliberer; & il doit se terminer, comme ce droit, par une acceptation ou une renonciation. Ensorte que l'heritier beneficiaire renonce aprés s'estre immiscé dans les biens de la succession comme l'heritier pur & simple, avant que de s'estre immiscé, & l'un & l'autre par sa renonciation doit estre exempt du rapport. *Imperator hoc beneficium ut jure deliberandi plenius, ita utilius introduxit : Unde inventarium tribuit omnia commoda juris deliberandi*, dit Michel Grassus, *libro secundo art. inventarium hereditatis qu.15.*

En effet, le benefice d'inventaire ne seroit-il pas une grace imparfaite, si l heritier s'engageant sur la foy de ce benefice dans la discussion des biens de la succession, & trouvant que la succession est oberée des dettes, & engagée dans plusieurs procés, dont la discussion est infinie, & estant obligé par ces raisons de renoncer, il perdoit les donations, qui luy auroient esté faites par le défunt ? Et même ne seroit-il pas vray de dire, que ce benefice seroit un piege dressé par la Loy ?

En quatriéme lieu, Maistre Antoine Mornac a comparé la renonciation de l'heritier beneficiaire à la restitution, qui s'obtient contre une addition de succession faite en minorité : c'est sur la Loy 7. §. *sed quod Papianus ff. de min. 25. ann.* où il dit, *Nihil amplius operatur restitutio in integrum in minore ; quam beneficiarii heredis repudiatio in majore, &c.* d'où il resulte, que comme un mineur cesse d'estre obligé au rapport, quand il se fait relever de son acceptation de succession ; aussi un heritier beneficiaire quand il renonce.

En cinquiéme lieu, nos renonciations à successions beneficiaires doivent s'observer tant au respect des coheritiers, qu'à l'égard des creanciers; parce que la regle du Droit Romain, *qui semel est heres, nunquam desinit esse heres*, qui est établie dans la Loy *Si cui solvendo ff. de hered instit.* ne concernoit principalement que les creanciers, envers lesquels l'heritier contracte par son addition d'heredité, tellement qu'il devoit estre bien plus facile d'estre relevé d'une acceptation de succession, à l'égard des coheritiers, qu'au respect des creanciers ; & nôtre usage ayant autorisé la renonciation à la succession beneficiaire, il faut dire que c'est principalement à l'égard des coheritiers, avec lesquels le renonçant avoit moins contracté par son acceptation : En effet, quelle apparence y a-t-il de rendre le benefice d'inventaire plus stable entre les coheritiers, qu'au respect des creanciers, de vouloir que celuy qui est admis à renoncer au respect de ceux-cy, soit toujours repuputé heritier au respect des autres, qu'il rapporte sans partager, qu'il soit heritier sans estre tenu des dettes, qu'il soit renonçant & heritier tout ensemble ? Ce seroit dire en un mot, que le benefice d'inventaire même, non pas seulement la renonciation de l'heritier beneficiaire, n'est pas établi pour avoir lieu entre les coheritiers, & que ces termes de la Loy, *Nihil ex sua substantia penitus amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant* : ne mettent à couvert l'heritier beneficiaire, que contre les creanciers & les legataires, pour faire qu'il ne soit tenu envers eux que sur ses propres biens : & c'est ce que prétendent ceux de l'opinion contraire. Mais quel défaut cette interpretation ne supposeroit-elle pas dans ce benefice & dans ce chef-d'œuvre de l'Empereur Justinien ? Et qu'auroit-on dit de cet établissement, si cette Loy s'estant expliquée, que l'heritier beneficiaire a le privilege de n'estre point obligé envers les creanciers ni les legataires au-delà des forces de la succession : elle avoit ajoûté, qu'il seroit obligé neanmoins de rapporter à ses coheritiers les donations qui luy auroient esté faites par le défunt, que la confusion auroit lieu à leur égard, qu'il perdroit par rapport à eux, les creances qu'il avoit contre le défunt, & que tout cela auroit lieu sans ressource, dés qu'il se seroit declaré heritier avec inventaire. Enfin, que dira-t-on de nôtre Droit, qui semble avoir si fort perfectionné le benefice d'inventaire, par l'établissement de la renonciation à la succession beneficiaire, si l'on explique ainsi & le benefice d'inventaire, & le droit de la renonciation à la succession beneficiaire ? Ne sera-il pas évident que cet établissement n'aura rien profité, puisque cette renonciation sera inutile quand il s'agira de l'interest des coheritiers, & que tant le benefice que la renonciation n'auront souvent servi qu'à engager le fils donataire à se faire évincer de la donation qui luy avoit esté faite ? Outre qu'il est difficile de concevoir qu'un renonçant qui ne prend rien dans les biens, pour ne se pas engager aux dettes, rapporte neanmoins à ses coheritiers. Ce qui est confondre nos Coutumes avec

celles du Maine & d'Anjou, où le renonçant rapporte.

En sixiéme & dernier lieu, en donnant cette limitation & cette finistre interpretation, tant au benefice d'inventaire, qu'à la renonciation de l'heritier beneficiaire, on les abolit presque en un temps où ils sont si necessaires; car celuy qui ne craindra pas les dettes, apprehendera le rapport, & que la peine d'une longue discussion, ne finisse par un rapport à ses coheritiers, qui l'évincera de son propre bien. Et ce qu'il y a de plus important, un gendre peu sçavant dans l'état des affaires d'une maison où il est nouvellement entré, & qu'un inventaire n'instruit pas toujours, se verra obligé de renoncer d'abord pour sa femme à ses droits les plus legitimes, parce qu'il sera persuadé que quand il s'engagera dans dans la discussion d'un benefice d'inventaire, le peril ne sera pas moins grand du côté du rapport, que du côté des dettes. Ainsi il perdra le revenant bon d'une succession, pour ne pas hazarder sa dot: ou si sans concevoir les suites du benefice d'inventaire, il s'y engage avec confiance, souvent il sera évincé de sa dot par l'évenement, ce que la Loy *Titia 6. ff. de jure dotium*, & la Loy *Si donaturus 9. §. 1. ff. de condict. caus. dat. non secut.* regardent comme un tres-grand inconvenient, & ce gendre perdra du côté des coheritiers, ce qu'il sauvera du côté des creanciers, au préjudice de la garantie que la Loy même luy a promise, en disant, *Nihil ex sua substantia penitus amittant*, & au préjudice de la separation des biens, que le benefice d'inventaire semble luy assurer.

Il faut avoüer neanmoins, qu'il y a au Palais un fameux réjugé contre nôtre opinion, qui est l'Arrest du 20. Avril 1682. rendu en la quatriéme Chambre des Enquestes, entre la Dame de Neuville, appellante d'une Sentence des Requestes du Palais, & Monsieur Pajot, Conseiller en la Cour des Aides, intimé. Mais quand on examine les memoires de cette affaire, qui sont donnez au public dans le Journal du Palais, part. 8. on est aisément convaincu que celuy qui défendit la Dame de Neuville, qui estoit neanmoins une des plus grandes lumieres du Palais, au lieu de s'arrester à l'usage de nos renonciations, entreprit un peu trop de les fonder dans le Droit Romain, & s'engagea dans des propositions qui blessent les principes de cette Jurisprudence, comme de dire, qu'en termes de Droit, l'heritier beneficiaire, qui renonce, cesse d'estre heritier, qu'il n'est pas même avant sa renonciation un veritable heritier, sous prétexte de ces termes de la Loy *Scimus, Tunc eo ipso, quod inventarium non fecerint, secundum formam præsentis Constitutionis, heredes esse omnino intelligantur:* & du texte des Instituts, tit. *de hered. qual. & differ.* §. 2. qui semble admettre la renonciation de l'heritier beneficiaire, qu'enfin, nos renonciations sont fondées dans cette Loy *Scimus*, à cause de ces mots, *& sine damno ab ea discedere*, & quoique cela fût appuyé de beaucoup de recherches, neanmoins les principes du Droit Romain, dont la Cour estoit penetrée, & qui furent presentement bien rétablis de la part de Monsieur Pajot, prévalurent, & nôtre Droit ou nôtre usage qui fut un peu trop mêlé avec le Droit Romain, en souffrit quelque atteinte. Aussi je me souviens que feu Monsieur le Boult, Conseiller de la Grand'-Chambre (la vertu de ce nom semble avoir l'autorité des Arrests) s'expliquoit assez précisément contre ce rapport.

Enfin, il y a quantité d'autres Arrests qui ont jugé la question, conformément à l'opinion qui vient d'estre établie; l'Arrest de Nesle rendu en 1608. l'Arrest de Manvoy du 16. Juillet 1644. un du 2. Janvier 1635. rendu au Parlement de Bordeaux, lesquels sont citez dans les défenses de la Dame de Neuville, & rapportez dans le Journal du Palais, part. 8. page 137.

☞ Nous avons dit au commencement de la question, que si les heritiers beneficiaires commencent par un partage, le rapport est necessaire entr'eux; il faut ajoûter icy que si la multiplicité des dettes les oblige de renoncer dans la suite, alors le partage qui avoit esté fait avec rapport se resout avec luy; parce que le tout estoit fait sur le fondement de la qualité d'heritier beneficiaire: & comme en renonçant aprés partage, ils doivent resilir du partage; aussi ils doivent resilir du rapport qui s'est fait dans le partage, & reprendre chacun leurs donations. La raison est, qu'il n'y a ni partage ni rapport dans nos Coutumes pour ceux qui renoncent. Or le public a interest d'autoriser que des heritiers beneficiaires puissent partager avant toutes choses, parce que c'est dans leur partage qu'ils pourvoient ordinairement au payement des dettes. D'ailleurs, les creanciers n'en peuvent point souffrir; puisque l'inventaire leur assure la quantité des biens, & que la caution donnée répond de la representation des effets ou de leur juste valeur, au défaut de laquelle les heritiers beneficiaires peuvent estre declarez heritiers purs & simples, & qu'il leur doit estre indifferent qu'on leur represente des effets partagez ou non. Je serois pourtant d'avis qu'en tel partage on y inserast une clause resolutoire, tant pour les rapports que pour le partage même pour le cas dont il s'agit.

Il suit de ce qui vient d'estre établi, que si il ne s'agit que du rapport des branches, & qu'un ayeul ait donné à un de ses petits-fils qu'il a d'un seul fils qui est prédecedé; que le donataire renonce à la succession de cet ayeul, & qu'un autre, ou plusieurs de la même branche qui sont heritiers beneficiaires, viennent à renoncer à la succession beneficiaire, ceux-cy ne rapporteront point pour leur frere à leurs cousins germains; parce que le rapport de ce qui auroit pû estre donné à ceux-cy personnellement, n'a pas lieu; à plus forte raison le rapport des branches ne doit pas avoir lieu non plus. Ainsi cette question est même en plus forts termes que la précedente.]

Ce seroit icy le lieu de demander si le fils heritier beneficiaire peut renoncer pour prendre le doüaire, mais comme cette question sera traitée en ce même Livre, chap. des Renonc. sect. 2. nomb. 39. nous observerons seulement, que le même fondement sur lequel nous disons que l'heritier beneficiaire ayant une fois renoncé n'est point obligé de rapporter à ses coheritiers, est celuy qui nous fera conclure dans ce chapitre, qu'aprés avoir renoncé il luy est permis de prendre le doüaire, suivant l'Arrest de la prononciation de Pâques de l'an 1592. qui est dans Monthelon, Arr. 66. 35. Si l'heritier beneficiaire peut renoncer & prendre le doüaire. Renvoy.

Enfin, nous traiterons dans la même section nomb. 25. la question de sçavoir si l'heritier beneficiaire peut estre obligé subsidiairement, & lors que tous les biens de la succession ont esté épuisez par les plus anciennes dettes, de rapporter aux creanciers qui restent à payer, le prix de la vente qu'il a faite de son droit d'heritier beneficiaire, & nous montrerons qu'il ne peut y estre obligé. 36. Si celuy qui a vendu son droit d'heritier beneficiaire, est tenu d'en rapporter subsidiairement le prix aux creanciers de la succession.

Il faut parler à present de la concurrence de l'heritier beneficiaire, ou plûtost de l'exclusion de l'heritier beneficiaire par l'heritier pur & simple, & cette 37. De l'exclusion de

l'heritier beneficiaire par le pur & simple; partage de la matiere. & cette matiere est assez ample. Car il faut examiner si cette exclusion est juste : si elle a quelque que fondement dans le Droit Romain ; de quelle maniere elle s'observe dans nos Coutumes, & si elle a lieu en directe ou en collaterale ; si en directe quand la Coutume n'est pas contraire : si les heritiers de differentes lignes se peuvent exclure : si le mineur peut exclure le majeur : si l'heritier pur & simple plus éloigné exclut l'heritier beneficiaire, qui est plus proche : si l'heritier beneficiaire est exclus de plein droit par le pur & simple, & si on ne luy doit pas donner un délay raisonnable, pour accepter la succession purement & simplement : si l'heritier conventionnel qui prend des Lettres de benefice d'inventaire est sujet à cette exclusion : si les creanciers peuvent demander cette exclusion au lieu & place de leur debiteur : si cette exclusion a lieu dans le païs de Droit écrit, & dans les Coutumes qui n'en parlent point : ce qui arrive lorsque l'heritier beneficiaire qui a hypotequé les biens de la succession, ou a commis le fief de la succession au profit du Seigneur feodal, vient à estre exclus par un heritier pur & simple : ***Quid*** si dans le temps intermediaire il a aliené : ***Quid*** s'il a retiré par retrait feodal : Enfin, si l'heritier pur & simple qui exclut l heritier beneficiaire, est tenu de luy rembourser les avances qu'il a faites.

38. Si cette exclusion est juste. Monsieur d'Argentré sur l'art. 514. de la Coutume de Bretagne, gl. 1. examine cette exclusion, qui a lieu dans quelques-unes de nos Coutumes, & dit qu'elle n'est accompagnée d'aucune justice, ni d'aucune équité. 1. Parce que cette exclusion détruit le benefice d'inventaire, en ce qu'un heritier qui observe les précautions que luy indique la Loy, pour n'estre point tenu des dettes au-delà des forces de la succession & ne point confondre ses créances & ses biens avec ceux du défunt, peut estre exclus par un heritier plus éloigné, qui acceptera la succession purement & simplement. 2. D'autant que le pretexte de cette exclusion, qui est l'interest du défunt, est un faux pretexte. Car la memoire du défunt ne souffre pas moins quand pour ses dettes on vend ses biens. & ceux de son heritier pur & simple, qui se ruïne par cette déference ; que quand la discussion de ses biens se fait par un heritier beneficiaire, ou qu'il arrive que ses biens sont vendus sur un curateur aux biens vacans. Car l'établissement de ce droit d'exclusion produit souvent cet effet : Et il conclut cette critique de nostre exclusion, par ces termes : ***Quare jura sua habeant Franci, nos jura patria retineamus***, le President Fabri a eu raison de taxer cet usage comme une veritable erreur, ***decis. 2. err. 5. n. 29.*** Et à vray dire, autant que le benefice d'inventaire est necessaire dans des temps difficiles où les plus grandes fortunes sont des fleuves profonds, dont on ne peut penetrer le fond ; autant cette exclusion est injuste, principalement si l'on suppose ce que nous établirons incontinent, que dans la pratique de cette exclusion, l'on pervertit l'ordre naturel. & on admet le plus éloigné, qui se dit heritier pur & simple, au préjudice du plus proche, qui est heritier beneficiaire : comme le décide la Coutume de Melun, art. 271. & cela contre la disposition de la plûpart des Coutumes, & principalement de l'art. 318 de la Coutume de Paris, qui saisit le plus proche. Car pour un interest imaginaire de la memoire du défunt, l'on détruit une disposition, que la necessité des temps, & la prudence des Loix avoit formée, & l'on renverse l'ordre naturel des successions, souvent avec des succés plus désavantageux au défunt, & à ses creanciers ; que ceux que l'on apprehende du benefice d'inventaire : cependant le benefice même, & les Lettres du Prince, autorisent cette exclusion : car elles portent ordinairement cette clause ; pourvû qu'il ne se presente aucun qui se veüille porter heritier pur & simple.

Aussi il n'y a vestige quelconque de cette exclusion dans le Droit Romain : quoique quelques-uns ayent prétendu que la Loy *Scimus* n'appellant à ce benefice, que celuy qui ne se veut pas commettre indistinctement au payement des dettes, semble avoir voulu préferer celuy qui s'y veut bien commettre : ce qui est une pure imagination. Car la Loy ne distingue point ces deux heritiers pour préferer l'un à l'autre ; mais elle conseille à tous les heritiers en general de faire inventaire : & bien loin de permettre que l'heritier qui ne fait point d'inventaire, excluë celuy qui en fait ; au contraire toutes ses menaces concernent celuy qui ne fait point d'inventaire : ***Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit ; inventarium autem minimè conscripserit, &c.*** Et il est vray qu'elle parle dans le premier lieu de celuy qui se confie assez sur les forces de la succession, pour n'estre point obligé de faire inventaire, d'où elle passe à celuy qui croit avoir besoin de cette précaution ; mais si l'on peut tirer de là quelque consequence, elle ne concerne que l'ordre de la matiere. Il faut donc dire avec Monsieur d'Argentré, *sua jura habeant Franci*, & convenir que ce droit d'exclusion est né parmi nous, & qu'il est François de son origine. 39. Que cette exclusion n'a aucun fondement dans le Droit Romain.

Dans la plûpart des Coutumes ce n'est qu'en ligne collaterale, que l'heritier pur & simple exclut le beneficiaire : & cette exclusion n'a point lieu en ligne directe ascendante ni descendante. C'est la disposition de l'article 342. de la Coutume de Paris, de l'article 131. de la Coutume de Calais, & de plusieurs autres ; & nous avons même une Coutume qui prohibe en general cette exclusion, ce qui s'entend tant en ligne collaterale qu'en directe, c'est la nouvelle Coutume de Bretagne article 572. mais avant la reformation de la Coutume de Paris, l'exclusion avoit lieu en l'une & en l'autre ligne, & c'estoit un usage presque universel, selon Masuer en sa Prat. tit. 32. nomb. 28.

Ce qui donne lieu de demander si une Coutume qui ne distingue point entre la ligne directe & la collaterale ; & qui porte seulement que l'heritier pur & simple exclut l'heritier beneficiaire, se doit entendre de l'une & de l'autre ligne ? Ce qui se peut proposer, par exemple, à l'égard de la Coutume de Berry, laquelle au titre 16. des Successions, article 16. porte, que ***si aucun de parentage ou lignage, de quelque côté, ligne ou estoc qu'il soit, se veut porter heritier simple, il y sera reçû, & ne sera passé outre à l'inventaire ; mais il exclura l'heritier beneficiaire***, & de celle d'Auvergne, qui en l'article 38. du chapitre 12. établit cette exclusion au profit du lignager, & il faut dire que ces Coutumes ne se doivent entendre que de la ligne collaterale : parce qu'outre que l'exclusion entre enfans ne peut estre considerée que comme fort odieuse & propre à diviser ceux que le sang doit unir, le Droit commun de la France n'admet cette conclusion que dans la ligne collaterale, & il faut expliquer autant qu'il se peut, toutes les Coutumes particulieres par rapport au Droit commun, afin d'établir un Droit uniforme autant que les differentes dispositions des Coutumes le peuvent permettre. Et à moins qu'une Coutume n'admette précisément cette exclusion en ligne directe, il 40. Si une Coutume établissant cette exclusion sans distinction, elle doit avoir lieu en directe.

la faut restraindre à la collaterale. Du Fresne en son Journal liv. 2. chapitre 122. rapporte un Arrest du mois de May 1634. par lequel il prétend, que cette question a esté jugée en la Coutume de Troyes, qui porte, dit-il, que l'heritier pur & simple exclut l'heritier beneficiaire, sans faire aucune distinction des lignes. Mais la Coutume de Troyes ne parle point de cette exclusion. Ainsi l'Arrest ne peut avoir jugé autre chose; sinon qu'une Coutume ne parlant point dutout de l'exclusion dont il s'agit, elle n'a point lieu en ligne directe : neanmoins cet Arrest, aussibien que celuy de la prononciation de Pâques de l'an 1601. rapporté par Monthelon Arr. 94. & qui a esté rendu pour la Coutume de Poitou, laquelle ne fait point mention non plus de cette exclusion, peuvent servir à la décision de cette question. Car ils justifient que l'exclusion de l'heritier beneficiaire par le pur & simple, estant en quelque façon du Droit commun de la France, on n'a pas laissé de distinguer les cas où elle estoit favorable, & ceux où elle estoit odieuse : & comme on l'a jugée telle dans la ligne directe, on a crû que dans les Coutumes qui n'en parlent point dutout, on ne la devoit point admettre dans la directe, non pas seulement si elle estoit demandée par un collateral au préjudice d'un heritier en directe, mais même au cas qu'elle fût pretenduë par un heritier de la même ligne & du même degré, comme si un fils heritier pur & simple vouloit exclure un fils heritier beneficiaire : ou si un ascendant vouloit exclure un autre ascendant du même degré, ce qui ne se permet pas, suivant l'Arrest rapporté par Tournet sur l'article 342. de la Coutume de Paris. Aussi la plûpart des Coutumes dont nous parlons, usent de termes qui s'appliquent plus naturellement à la ligne collaterale qu'à la directe : comme la Coutume de Berry qui use de ces mots de *parentage & ligne, & de côté & ligne*, & celle d'Auvergne qui se sert du mot de *lignager*, qui sont des termes peu usitez pour désigner les enfans. Cependant la Coutume de Normandie art. 86. & 90. disant que s'il se presente aucun du lignage du défunt dans le septiéme degré, il sera preferé à l'heritier beneficiaire, Berault doute que cet article ne permette même à l'heritier collateral de donner l'exclusion au fils, & Godefroy sur cet art. 90. conclut pour cette exclusion.

41. Si le frere heritier des propres maternels peut exclure le pere heritier des meubles.

L'on demande si lorsqu'un défunt laisse des heritiers en directe ascendante & en collaterale, l'exclusion a lieu entre ces heritiers, supposé, par exemple, que quelqu'un laisse pour heritier son pere heritier de ses meubles, & son frere heritier de ses propres maternels, l'on demande si le frere se portant heritier pur & simple, exclura le pere heritier beneficiaire ?

Raison pour l'exclusion.

Il semble que l'exclusion n'est pas injuste en ce cas : parce que le frere n'est exclus par le pere dans les meubles, qu'à raison de la proximité du degré, pouvant y succeder au défaut du pere : ce qui est bien éloigné de l'espece, où l'on supposeroit des heritiers de differens costez & lignes, qui se voudroient donner l'exclusion dans les propres. Et il semble que l'on peut s'arrêter à cette distinction, & dire, que celuy qui peut succeder à la place de l'heritier beneficiaire, peut l'exclure, & qu'ainsi le frere en se portant heritier pur & simple, peut exclure le pere heritier beneficiaire : parce qu'il peut succeder aux meubles en son lieu & place; mais que celuy qui ne peut succeder à la place de l'heritier beneficiaire, ne peut l'exclure : & qu'ainsi un oncle paternel en se portant heritier pur & simple, ne peut exclure dans les propres maternels un oncle maternel qui se porte heritier beneficiaire : parce que regulierement l'oncle paternel ne peut pas succeder aux propres maternels, tant qu'il y a des parens du costé maternel. Aussi cette difficulté s'estant presentée en 1606. l'on jugea à la verité, que la mere heritiere beneficiaire ne pouvoit estre excluse, quoiqu'un heritier des propres se fût porté heritier pur & simple; mais Brodeau qui rapporte cet Arrest sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nomb. 1. certifie que cela fut ainsi jugé sur des circonstances, & que la Cour même déclara, que c'estoit sans tirer à consequence.

Raisons contre l'exclusion.

Au contraire l'équité dissuade cette exclusion, la succession mobiliaire estant accordée aux ascendans, non seulement à raison de la proximité de degré; mais pour soulager leur juste douleur, dont la Loy qui s'attache ordinairement aux sentimens de la nature, est si bien convaincuë, qu'il y a une Coutume, qui est celle de Haynault chapitre 19. article 7. qui donne aux pere & mere seuls, quand ils survivent tous deux, les dommages & interests qui sont dûs pour l'homicide de leurs enfans, & qui sont reglez par ces sortes de transactions, qui s'appellent en cette Coutume *paix d'homicide en ligne directe*. Que si l'on s'attache aux maximes, cette exclusion est encore plus irreguliere : parce que le pere & le frere estant heritiers de diverses sortes de biens, ne sont point censez estre coheritiers, non pas que l'exclusion n'ait lieu entre des heritiers de differens degrez : puisque nous établirons dans la suite, qu'en collaterale le plus éloigné exclut le plus proche; mais parce que, encore un coup, pour exclure un heritier beneficiaire, il faut estre, ou pouvoir estre heritier des mêmes biens. L'on peut rapporter à cela ce que dit Maistre Charles du Molin sur l'art. 22. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 98. où parlant d'un frere uterin & d'un oncle paternel, il dit, *non sunt heredes, quia licet succedant eidem personæ, tamen ad diversa bona, & videntur plura patrimonia & hereditates separatæ.* Aussi cette question ☞ ayant esté appointée aux grands Jours de Poitiers en 1567. comme il se voit dans les Opuscules de Maistre Pierre Airault pl. 1. a depuis esté ainsi jugée par un Arrest de la prononciation de la Nostre-Dame de Septembre 1569. dans cete même espece d'une succession échuë à une mere, quant aux meubles, & à un frere quant aux propres, lequel est rapporté par Chopin en son Traité du Domaine, liv. 3. chap. 14. sur la fin. Voyez le Vest Arrest 101. Il y en a un semblable dans Frain sur l'article 571. de la Coutume de Bretagne. Mais pour dire mon avis, j'estime que cela s'est donné à la faveur des ascendans, & que l'on s'est un peu départi en cela de la rigueur des regles, les meubles estant des biens indifferens, dont tous les heritiers sont également capables, & principalement des freres, ce qui est bien éloigné de l'espece où l'on supposeroit des heritiers des deux costez & lignes, qui se voudroient donner l'exclusion dans les propres, à quoy j'estime qu'ils ne seroient pas reçûs; mais *à contrario* ils pourroient s'exclure dans les meubles & acquests, comme biens absolument indifferens, & dont les deux lignes sont également capables : ensorte que la preference de l'heritier pur & simple y a toûjours

lieu ; ce qui justifie que la chose fut jugée favorablement pour la mere par cet Arrest de 1569. & que c'est un Arrest qui est plus fondé sur la pieté naturelle que sur l'exactitude des maximes. Ce que la Cour a bien reconnu lorsqu'en jugeant la même chose en 1606. elle a voulu marquer qu'elle s'arrestoit à des circonstances particulieres, & que c'estoit sans tirer à consequence. Cependant j'estime que toutes les fois que cette question se presentera, ces mêmes circonstances reviendront toujours, & que cette exclusion n'estant jamais favorable, ni de la part du fils, ni de la part des autres heritiers ; encore moins de ceux de la ligne de l'ascendant, que l'on voudroit exclure, on ne la doit jamais conseiller.

☞ Au contraire si ceux d'une ligne estant plus proches que ceux de l'autre, sont appellez aux meubles & acquests, mais qu'ils soient heritiers beneficiaires, ils pourront estre exclus dans les meubles seulement par ceux de l'autre ligne : parce qu'ils n'auront pas la faveur des ascendans, & que les meubles & acquests sont bien indifferens, desquels les deux lignes sont également capables, & pour lesquels elles peuvent par consequent se donner l'exclusion.]

Si la sœur heritiere pure & simple, exclut dans les fiefs le frere heritier beneficiaire.

La grande difficulté est de sçavoir si la sœur se portant heritiere pure & simple, exclut son frere heritier beneficiaire dans les fiefs ; dans lesquels elle est regulierement excluse par ce même frere. Car il semble que dés lors qu'elle a un frere, il l'exclut des fiefs, non pas à la verité par l'effet d'aucune incapacité, qui se trouve en la personne des femmes de posseder des fiefs ; puisqu'elles en sont capables dans nôtre usage, & y succedent entr'elles en ligne collaterale, & en directe conjointement avec les mâles ; mais par l'effet d'une préference attachée au sexe masculin pour ces sortes de biens, qui fait que les mâles excluent perpetuellement les femelles en pareil degré. Ce qui estant présupposé, les fiefs sont à l'égard des femmes, quand il se trouve un mâle en pareil degré, ce que sont les propres paternels au respect des heritiers maternels ; & comme il vient d'estre dit qu'un parent maternel, en se portant heritier pur & simple, n'exclut pas un parent paternel dans les biens paternels ; aussi une femme qui se porte heritiere pure & simple, ne doit pas exclure dans les fiefs un homme heritier beneficiaire. Nous avons rapporté un exemple approchant au livre 1. chap. 6. de la succession des collateraux, sect. 2. nomb. 30. où nous avons dit, que la Coutume de Nivernois en l'article 14. du titre 34. excluant la sœur en faveur du frere, même dans les biens indifferens ; quoique d'ailleurs cette Coutume établisse aussi le privilege du double lien ; la sœur germaine, bien loin d'exclure le frere consanguin ou uterin dans cette Coutume ; au contraire y est par luy excluse : parce que la sœur n'est point appellée à la succession en concurrence avec des freres. Enfin, cette espece ayant esté prévûë par Maistre Charles du Molin dans ses Notes sur l'article 186. de la Coutume de Paris, nomb. 2. & 3. il a conclu pour ce parti, soutenant que la sœur heritiere pure & simple ne peut point exclure dans les fiefs, le frere heritier par benefice d'inventaire, & qu'au contraire elle en est excluse : *Non tamen puto*, dit-il, *quod ipsa possit eos excludere adeundo simpliciter, si adirent sub beneficio inventarii ; quin immo sufficit quod ipsi veniant ad successionem ut ipsa sit exclusa & sic nequit excludere.*

Nonobstant tout cela, j'estime que la sœur heritiere pure simple exclut le frere heritier beneficiaire, même dans les fiefs : parce qu'elle n'est point incapable de succeder à ces sortes de biens ; & afin que le frere l'en puisse exclure, il faut qu'il merite cette exclusion, par une qualité aussi avantageuse au défunt & à ses creanciers, que celle que prend sa sœur : Que s'il ne veut pas satisfaire à cette condition & prendre la qualité d'heritier pur & simple, il se doit imputer si en s'exposant luy-même à cette exclusion, que les Coutumes prononcent contre l'heritier beneficiaire, en faveur de l'heritier pur & simple, il s'expose aussi à perdre les avantages que son sexe luy donnoit dans les fiefs. En effet, on ne peut pas en le declarant exclus pour les meubles & acquests, l'admettre par preference à la succession des fiefs, puisqu'il est exclus de la succession, & que quand on dit que l'heritier beneficiaire est exclus par l'heritier pur & simple, cela s'entend de tout ce qu'il avoit en qualité d'heritier, & dont l'heritier pur & simple se trouve capable. Ce qui fait une difference essentielle entre cette espece ; & celle où l'on suppose un parent maternel, qui en se portant heritier pur & simple, voudroit exclure, des propres paternels, un parent paternel, qui ne se porte qu'heritier beneficiaire ; puisque ce parent maternel est incapable des propres paternels, & n'y peut venir que dans un cas extraordinaire, dans lequel même les biens du côté paternel perdent leur qualité de propres : ce qui n'arrive point aux fiefs qui tombent en quenoüille ; car ils n'en perdent point pour cela leur qualité. Aussi nous avons resolu dans le liv. 2. chap. 2. de la succession des fiefs, sect. 2. nomb 11. que dans les Coutumes qui admettent tout ensemble l'exclusion des femelles en égal degré de la ligne collaterale, & le double lien, une sœur germaine y doit exclure un frere consanguin ou uterin dans les fiefs, bien loin d'estre excluse par son frere de ces mêmes biens. Et dans le liv. 1. chap. 6. de la succession des collateraux, sect. 2. nomb. 32. nous avons montré pourquoy en Nivernois le frere consanguin exclut la sœur germaine, quoique le double lien y ait lieu, & que cependant la sœur germaine exclut le frere consanguin même à l'égard des fiefs, dans les Coutumes qui d'un côté établissent le double lien, & de l'autre ordonnent l'exclusion de la femme par l'homme à l'égard des fiefs, quand l'homme & la femme sont en égal degré.

Enfin, je ne vois pas même pourquoy un frere ne pourroit pas estre exclus des fiefs, aussi-bien que du reste de la succession, par une tante, ou par une cousine du défunt, pourvû que ces fiefs ayant esté propres au défunt, la tante ou la cousine luy fussent du même côté & ligne dont ces fiefs procedent. L'égalité de ce degré n'est point necessaire pour cette exclusion, comme il sera établi au nomb. 43.

42 Quel ordre on doit garder dans ce droit d'exclusion.

Nous venons de dire que des heritiers de divers côtez & lignes se peuvent donner cette exclusion dans les meubles & acquests, comme biens indifferens dont ils sont tous capables ; mais non dans les propres : Il faut ajoûter qu'à l'égard des propres cette exclusion y peut avoir lieu entre des heritiers de diverses branches, pourvû qu'ils soient du même côté & ligne. Mais cela même souffre quelque temperamment ; car non-seulement le plus proche est toujours préferable à donner cette exclusion, quand il se porte heritier pur & simple ; mais ceux de la même branche sont encore préferables, & comme quand un des coheritiers renonce ; ceux de sa branche profitent seuls de sa renonciation, soit pour les propres, soit pour les meubles & acquests ; Aussi quand il s'ex-

pose à cette exclusion, en se voulant tenir opiniâtrement à la qualité d'heritier beneficiaire, il faut recevoir ceux de sa branche, préferablement à tous autres, à l'exclure dans les meubles & acquests, & préferablement à ceux des autres branches du même côté & ligne dans les propres, ceux de l'autre côté & ligne n'y estant pas admis. C'est pourquoy si quelqu'un laisse en mourant plusieurs cousins paternels & maternels, & que dans chaque ligne il y en ait de diverses branches, 1. les cousins paternels ne pourront jamais donner l'exclusion aux cousins maternels dans les propres maternels. 2. Si un des coheritiers d'une des branches du côté maternel ne vouloit pas se porter heritier pur & simple, ceux de sa branche qui voudroient se charger de cette qualité, le pourroient exclure, & y seroient préferez a ceux des autres branches du même côté & ligne, soit dans les propres, soit dans les meubles & acquests.

43. Que l'on exclut plus proche que soy. An surplus l'éloignement d'un ou de plusieurs degrez n'empêche point ce droit d'exclusion: & c'est pour cela que lorsque par l'article 343. de la Coutume de Paris, l'on a voulu ôter au mineur le droit d'exclusion, l'on a dit qu'il ne peut exclure l'heritier beneficiaire qui est en plus proche degré; parce que le droit commun est que l'heritier pur & simple, quoique plus éloigné, exclut l'heritier beneficiaire, qui est plus proche. C'est le sentiment de Bacquet chapitre 15. nombre 36. & la disposition de quelques-unes de nos Coutumes, & entr'autres de la Coutume de Bourbonnois article 329. de celle de Melun article 271. & de celle de Normandie article 90. & quoique cela ait fait autrefois assez de difficulté, & que j'apprenne même qu'il y ait eu quelque mouvement au Palais contre cet usage; neanmoins je ne vois point d'Arrest contraire. Voyez Coquille en ses Instit. titre des successions. Brodeau sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nomb. 1. Arr. 1.

Il faut encore observer, qu'un heritier éloigné de plusieurs degrez ne peut pas, en se portant heritier pur & simple, exclure le plus proche, qui se dit heritier beneficiaire, que ceux qui remplissent les degrez intermediaires n'ayent renoncé. Comme aussi les parens collateraux se portant heritiers beneficiaires, je ferois difficulté de

44. Si un conjoint pourroit exclure des collateraux. permettre au conjoint du défunt de les exclure, en vertu du titre *unde vir & uxor*, & en se disant heritier pur & simple. Car ce genre de succession n'est fondé que sur la présomption de la volonté du défunt, que l'on se persuade avoir mieux aimé que son conjoint luy succedât, que non pas le fisc. Ainsi le conjoint ne donne jamais l'exclusion qu'au fisc, quoique l'art. 22. du tit. 19. de la Coutume de Berry en dispose autrement, mais cette Coutume singularise en cela.

45. Si le mineur peut user de cette exclusion. Comme le mineur ne peut pas provoquer un partage, il ne peut pas non plus, en se declarant heritier pur & simple, exclure l'heritier beneficiaire. Et la plûpart des Coutumes qui font mention de cette exclusion, la luy refusent, à cause de la facilité avec laquelle on le restituë contre une addition d'heredité. C'est la disposition de l'article 343. de la Coutume de Paris, de l'article 339. de celle d'Orleans, & de plusieurs autres. Mais il y a des Coutumes qui permettent au pere tuteur ou administrateur de son fils mineur de se porter pour luy & en son nom heritier pur & simple, & exclure par ce moyen l'heritier beneficiaire moins proche que luy: telle est la disposition de la Coutume de Berry, chapitre 19. article 17. & article 22. Le pere, en ce cas, n'est pas garant de la restitution du mineur; mais seulement de la gestion & administration des biens de la succession. Il y en a même qui admettent le mineur à ce droit; aussi-bien que le majeur, comme celle de Calais, article 132. Enfin, dans celles qui ôtent ce droit au mineur, il luy est permis d'exclure en donnant caution, de ne se point faire relever de l'addition d'heredité: c'est le sentiment de Bacquet, en son Traité des Droits de Justice, chapitre 15. nombre 35. & la décision d'un Arrest du 21. Juin 1578. & rapporté par Brodeau sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nombre 1. Arrest 1. Quelques-uns même ont estimé, que l'article 343. de la Coutume de Paris, disant, que le mineur qui est plus éloigné, ne peut pas en se portant heritier pur & simple, exclure le plus proche qui est heritier beneficiaire, a assez declaré que que le mineur pouvoit exclure estant en pareil degré, l'article ne reprouvant cette exclusion, qu'en cas que le mineur soit le plus éloigné, auquel cas, joint le droit qu'il a de varier quand bon luy semble, cette exclusion est moins favorable; mais j'estime que ce droit doit estre ôté indistinctement au mineur, s'il ne donne la caution dont il vient d'estre parlé: & c'est en haine d'une pareille variation qui se craint icy de la part du mineur, que la plûpart de nos Auteurs estiment, qu'un mineur s'étant porté d'abord heritier beneficiaire, ne peut pas posterieurement en se declarant heritier pure & simple, même en majorité, donner l'exclusion à d'autres heritiers beneficiaires.

On ne permet pas non plus cela à un majeur, qui s'est porté heritier beneficiaire en majorité avec ses coheritiers, car il ne peut pas changer, & se dire heritier simple, pour exclure ceux qui ont pris de bonne foy le parti de se dire, conjointement avec luy, heritiers beneficiaires: c'est une variation & un dol blâmable, & c'est l'avis de Maistre Julien Brodeau, sur la lettre H. de Monsieur Loüet nomb. 1. Arr. 4.

Il ne s'ensuit pas neanmoins que l'heritier beneficiaire soit exclus, dés qu'un heritier en égal degré, ou en un degré plus éloigné, se declare heritier pur & simple. Car supposé que l'heritier, qui avoit pris des Lettres, soit le plus proche, ou du même degré que l'heritier pur & simple, comme il a un double droit, celuy de se porter heritier pur & simple, & celuy de se porter heritier beneficiaire, il peut abandonner le benefice d'inventaire, & se dire heritier pur & simple, estant permis à un chacun de renoncer à son privilege, & par la maxime que *quoties duplici jure defertur hereditas, repudiato novo jure, superest vetus*, c'est un des cas, où les Loix autorisent la variation, & où l'on peut appliquer ces termes de la Loy 8. *ff. de collation.* qui dit, *nonnunquam Prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur.* Aussi il se voit dans les Arrests, qu'en jugeant l'exclusion, l'on donne un délay à l'heritier beneficiaire pour se declarer, s'il le veut, heritier pur & simple: ainsi l'Arrest du 7. May 1602. qui est rapporté par Peleus, liv. 7. act. 5, en ordonnant l'exclusion des heritiers beneficiaires, ajoûte cette alternative, si mieux ils n'aiment se porter heritiers simples, & l'Arrest du 21. Juin 1578. ordonna, qu'une pareille option seroit faite dans quinzaine pour tout délay. [☞ Il y en a un semblable du 3. Juillet 1571. rapporté dans Monsieur Loüet, sur la lettre H. nomb. 1. Enfin il s'en trouve un moderne, & du 19. Juillet 1683. rendu au profit de feu Maistre Jacques Poussct de Montauban, & rapporté dans le Journal du Palais, part.9. p. 103. & suiv.] La Coutume d'Orleans, article 341. donne quarante jours pour cette option: & celle de Normandie, article 91. autorise pareille-

46. Du délay que l'on donne, en ce cas, à l'heritier beneficiaire pour se resoudre d'estre pur & simple.

ment ce retour de la qualité d'heritier beneficiaire à celle d'heritier pur & simple.

47. Si les heritiers testamentaires sont sujets à cette exclusion.

Pour sçavoir à present si les heritiers testamentaires qui se portent heritiers par benefice d'inventaire, sont sujets à cette exclusion, il faut distinguer les Coutumes. Parmi nous l'institution d'heritier n'ayant point de lieu, & ne passant que pour legs, il est certain que cette exclusion n'auroit pas cours entre des legataires universels, & qu'un legataire universel qui accepteroit son legs purement & simplement, ne pourroit pas en exclure un autre qui s'aviseroit de vouloir accepter le sien sous benefice d'inventaire; parce que ce benefice est attaché à la qualité de legataire, qui ne represente le défunt, qu'à raison des biens qu'il tient de luy, son titre est une veritable acquisition, & non une continuation de possession: en un mot, un legataire universel n'estant point censé la même personne que le défunt, & n'entrant point de droit dans ses obligations personnelles. De même, un heritier *ab intestat*, ne pourroit pas pretendre pouvoir exclure à ce titre un legataire universel, la volonté expresse, qui est pour celuy-cy, faisant cesser la présomption de la volonté du défunt, qui favorise ordinairement ce droit d'exclusion.

48. Quid dans les Coutumes où l'institution d'heritier a lieu.

Dans les autres Coutumes qui admettent l'institution d'heritier, l'heritier *ab intestat*, ne pourroit pas exclure l'heritier institué par la même raison qui vient d'estre dite. Il y a plus de difficulté à sçavoir si cette exclusion y auroit lieu entre plusieurs heritiers instituez; parce que dans ces Coutumes, l'heritier institué represente l'heritier *ab intestat*, & est heritier universel par la disposition du testateur, comme l'heritier *ab intestat*, par la disposition de la Loy. Aussi il est tenu indistinctement aux dettes, & s'il se veut soustraire à cette obligation par le benefice d'inventaire, il est juste qu'il puisse estre exclus par un autre heritier ainsi institué, qui s'y soumettra absolument en se declarant heritier pur & simple. La Coutume de Berry, tit. 19. des success. art. 16. va bien plus loin que ce que nous disons: car non-seulement elle admet l'exclusion contre l'heritier testamentaire, mais elle l'admet en faveur des heritiers *ab intestat*, de quelque ligne & degré qu'ils soient. Ce qui pourtant doit recevoir quelque limitation: car je n'estime pas que, dans cette Coutume même, un fils unique heritier institué prenant des Lettres de benefice d'inventaire, puisse estre exclus par un collateral, qui se dit heritier pur & simple, parce que ce même fils, en renonçant à la succession testamentaire, pourroit se declarer heritier *ab intestat*, par benefice d'inventaire, sans craindre d'estre exclus par le collateral, & ce seroit le cas où l'on pourroit appliquer la maxime, *quoties duplici jure defertur hereditas, repudiato novo jure superest vetus*. De plus il peut éviter cette exclusion, même en se tenant à son institution testamentaire; car à moins qu'une Coutume ne permît expressément aux collateraux d'exclure les enfans, cela ne doit jamais estre admis, & en general, la ligne directe n'est point sujette à cette exclusion, sans une disposition formelle. D'où je conclus, que dans cette même Coutume un fils heritier institué ne pourroit pas donner cette exclusion à un autre fils aussi institué, l'art. 27. du tit. 19. semblant supposer qu'un heritier étranger ait esté institué: auquel cas, il donne aux enfans, qui se declarent heritiers *ab intestat*, purement & simplement, la faculté d'exclure cet heritier institué. En effet, le fils est toujours fils de quelque maniere qu'on le regarde, comme il est dit en la Loy 23. *ff. de lib. & posth.* qu'un fils naturel estant émancipé, & ensuite adopté, est toujours consideré comme un fils naturel, *videlicet quod non translatus; sed redditus videretur.* La disposition du pere ne change pas le caractere de sa naissance, qui revient toûjours.

Pour ce qui est de l'heritier conventionnel, il faut aussi distinguer les Coutumes: car il y en a qui ont ordonné cette exclusion contre luy. La Coutume de Nivernois, tit. 34. des success. art. 29. décide, qu'il peut se porter heritier par benefice d'inventaire, pourvû qu'il ne se presente point de lignager qui se porte heritier pur & simple, ainsi elle le soumet à l'exclusion. C'est pareillement la disposition de l'art. 39. du titre des successions de la Coutume d'Auvergne, & de l'art. 223. de celle de Bourbonnois. Mais l'on peut demander si dans ces Coutumes un fils estant heritier conventionnel & beneficiaire peut en se tenant à son institution, estre exclus par un collateral ou par un autre fils, qui se porte heritier pur & simple? Et Maître Charles du Molin, sur cet art. 223. de la Coutume de Bourbonnois, a conclu pour l'affirmative: & dit, *etiam collateralis excludendo filium venientem jure conventionis exorbitantis, nec tamen illi simpliciter stantis: secus si filius vellet ab intestato succedere.* Mais Coquille sur l'article qui vient d'estre cité de la Coutume de Nivernois, est d'avis contraire, & avec beaucoup de raison, puisque l'institution contractuelle de la personne d'un fils n'est qu'une confirmation du droit qu'il a par nature sur la succession de son pere, & une declaration d'une qualité qui est née avec luy, que sur ce fondement les donations en directe ne produisent point de relief, & une démission d'un pere au profit de son fils, à la charge de payer autant de dettes que les biens peuvent valoir, ne produit ni quints ni lods & ventes. C'est pourquoy le fils heritier testamentaire ou conventionnel ne peut estre exclus, tous les titres qui luy surviennent, ne faisant que luy continuer sa possession. — 49. Si l'heritier conventionnel est sujet à cette exclusion.

Mais à l'égard des autres Coutumes, si l'on admet l'exclusion d'un heritier conventionnel, qui sort des termes de sa convention, en prenant des Lettres de benefice d'inventaire, pour se servir des termes de Maistre Charles du Molin, ce ne peut estre qu'en faveur d'un autre heritier aussi institué par son contrat de mariage, ce qui même est assez susceptible de difficulté. Mais un heritier contractuel ne peut pas estre exclus par un heritier *ab intestat*, pur & simple, par la raison qu'ils n'ont rien de commun, & que l'heritier contractuel a pour luy la volonté expresse du défunt, qui le préfere absolument à l'heritier présomptif. Ainsi la présomption sur laquelle l'exclusion de l'heritier beneficiaire par le pur & simple, est fondée, cesse en ce rencontre, suivant la maxime ordinaire que *expressum facit cessare tacitum.* Brodeau est de cet avis sur la lett. H. de Monsieur Loüet, nomb. 11. Arr. 5. mais il n'en rapporte aucun préjugé.

Il est certain qu'il faut estre heritier mediat ou immediat pour user de cette exclusion; mais on demande si le creancier d'un des heritiers peut exclure en sa place, & comme exerçant ses droits, l'heritier beneficiaire qui est en plus proche ou égal degré? Et j'estime que cela ne se peut, car ce droit d'exclusion est un droit personnel de l'heritier, & cette présomption de la volonté du défunt, sur laquelle il est fondé, ne regarde que les heritiers mêmes, à qui il est plus naturel, & qui sont plus obligez de soutenir l'honneur du défunt, en satisfaisant ses creanciers: car c'est la raison pour laquelle on a preferé les heritiers purs & simples aux beneficiaires; & pour accoutumer les hommes à se faire un point d'honneur de soutenir leurs affaires pendant leur vie, l'on a suppo- — 50. Si ce droit d'exclure peut estre exercé par un creancier.

sé qu'ils devoient estre sensibles à cet interest, même aprés leur mort. C'est pour cela que Pline second, liv. 2. Ep. 4. mandant à une nommée Calvina qui luy fait volontiers remise d'une obligation que son pere luy devoit, ajoûte, *cujus rei fiduciâ debes famam defuncti, pudoremque suscipere* : Or ce seroit en quelque façon contrister les manes du défunt, que d'employer à cet office une main étrangere.

Manus hæc Ægyptia forsan
Obtulit officium gravè manibus.

51. Divers droits qui ne peuvent estre exercez par des creanciers. C'est aux parens à défendre un interest d'honneur qui leur est commun. Enfin, cette exclusion a esté refusée à des creanciers, par Arrest rendu au rapport de Monsieur le Nain, qui est dans Brodeau, lettre H. nomb. 1. Art. 6.

Aussi voyons-nous dans nostre Jurisprudence plusieurs sortes de droits, que l'on ne permet pas aux creanciers d'exercer. Ainsi nous avons dit cy-devant que des creanciers du défunt ne pouvoient pas, même comme exerçant les droits des heritiers beneficiaires, demander à l'un d'eux le rapport de sa donation. Ainsi nous ditons au chapitre des Renonciations, sect. 2. que selon quelques-uns, si un aîné consent à un partage égal, ses creanciers ne peuvent pas le contredire, ni demander son préciput. Ainsi, selon le Droit, ils ne pourront pas obtenir une Trebellianique ou une falcidie malgré leur debiteur, qui auroit droit de la retenir; parce que, dit la Loy, ils ne peuvent rien imputer à l'heritier, *qui plenam fidem exequitur*, en satisfaisant au testament du défunt, sans faire ces détractions. Ainsi des creanciers ne pourroient pas dans nôtre Droit exercer une reprise sur la communauté aprés la mort de leur debitrice, qui est decedée sans avoir renoncé. Ainsi ils ne peuvent pas exercer une saisie feodale, faute de foy & hommage; ni estant aux droits d'un mâle exclure contre son gré une coheritiere de la succession des fiefs en ligne collarerale, & en pareil degré; ni estant aux droits d'une femme, soutenir en païs de Droit écrit, qu'ils ont une hypoteque privilegiée pour la restitution de la dot, d'autant plus qu'en la plûpart de ces especes, la contradiction du debiteur n'est pas déraisonnable, & fait un retour au Droit commun, *L. si finita ff. de damno infecto*, que le droit des creanciers ne seroit fondé en tous ces cas que sur le privilege personnel de leur debiteur, auquel il luy est permis de renoncer, & qu'autrement tous ces droits seroient plûtôt établis pour des creanciers étrangers, que pour la famille. Voyez Tiraqueau, *de jure primogen. qu. 24.* La grande étenduë que l'on a donné parmi nous au droit d'exclusion, dont il s'agit, persuade même la verité & la justice de nôtre proposition principale. Car quelle apparence y auroit-il de permettre aux creanciers d'un heritier fort éloigné, de se porter heritiers purs & simples pour leur debiteur, afin d'exclure de plus proches heritiers?

52. Si cette exclusion a lieu dans le païs de Droit écrit, & dans les Coutumes qui n'en font aucune mention. Ce qui vient d'estre dit concerne les Coutumes qui font mention de cette exclusion, il faut parler à present du païs du Droit écrit, & des Coutumes qui n'en font aucune mention, & examiner si elle y doit avoir lieu. Et l'on ne peut pas déja douter suivant les principes que nous avons posez cy-dessus, que dans le païs de Droit écrit, & dans les Coutumes qui ne font aucune mention de cette exclusion, elle ne peut estre admise dans la ligne directe, soit ascendante, soit descendante; puisqu'elle n'a pas lieu à l'égard de cette ligne dans les Coutumes même qui l'admettent indistinctement. Il y avoit neanmoins quelques Arrests contraires, entre lesquels un du 3. Juillet 1571. rapporté par Bacquet, chap. 15. nombre 36. & un du 9. Septembre 1587. qui est entre les Arrestez de la Cinquiéme, mais depuis il est survenu l'Arrest de la prononciation du 17. Avril 1601. qui est rapporté par Monthelon, Arr. 94. par Bouguier sous la lettre H. nomb. 1. & par Monsieur Loüet, sous la même lettre, & le même nombre, qui a jugé qu'en la Coutume de Poitou, qui ne fait point mention de cette exclusion, elle n'a point lieu en directe. Mais à l'égard de la ligne collaterale, comme c'est en quelque façon le Droit commun de la France, on admet cette exclusion dans cette ligne, quoique la Coutume n'en fasse aucune mention; ce qui a esté jugé par un Arrest du 7. May 1602. pour la Coutume de Loudun, au rapporr de Peleus, liv. 7. act. 5. Cependant on ne doit point l'admettre dans le païs de Droit écrit, non pas même en ligne collaterale; puisqu'il n'y a aucun vestige de cette exclusion dans le Droit Romain, & qu'elle a de tres-grands inconveniens, au moins de la maniere qu'elle s'observe en France; & c'est le sentiment de Monsieur Maynard, tom. 1. liv. 2. chap. 43. de Monsieur d'Olive, liv. 4. chap. 30. Et l'on en voit un Arrest dans la Note manuscrite de Maître Charles du Molin, sur l'article 150. de la Coutume de Paris, nomb. 3

Il faut sçavoir à present, si ce qui s'est fait pendant la possession de l'heritier beneficiaire, subsiste aprés qu'il est exclus par l'heritier pur & simple, & avant cela il faut supposer que la regle est, que cette exclusion soit demandée dans l'an, si la Coutume n'en dispose autrement. Et ce temps 53. Que l'exclusion doit venir dans l'an.
commence à courir depuis que l'heritier s'est declaré heritier beneficiaire, & qu'il a fait enteriner ses Lettres; ce qui est décidé par plusieurs Coutumes, & entr'autres par la Coutume d'Orleans, art. 340. par celles de Vermandois, art. 72. de Châlons, art. 79. de Peronne, art. 208. C'est aussi la Jurisprudence des Arrests rapportez par Brodeau, sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nombre 1. Arrest 4. Voyez aussi Coquille en ses Institutions, titre des Successions.

Ce qui estant présupposé, il faut déja convenir que s'il y avoit eu quelque chose de confus 54. Tous les droits qui sembloient confus en la personne de l'heritier beneficiaire, revivent aprés son exclusion.
en la personne de l'heritier beneficiaire, & si l'on pouvoit demeurer d'accord, que les actions personnelles ou réelles contre le défunt, ou sur ses biens, eussent esté confuses, tout cela recommenceroit à revivre au moment de l'éviction; & il est vray de dire, que tant que le titre qui peut faire la confusion n'est point incommutable, il ne se fait point aussi de confusion incommutable, pourvû que la resolution soit forcée. C'est la disposition de la Loy *Voluntate ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* C'est celle de l'Ordonnance de l'an 1441. art. 15. qui porte, que *si les proprietaires des maisons qui avoient rentes sur icelles, sont évincez desdites maisons, ils pourront poursuivre leurs rentes, depuis qu'ils auront rénoncé, ou qu'elles auront esté évincées; nonobstant quelconque confusion qu'on pourroit alleguer.* Cela se pratique dans le retrait feodal ou lignager, dans le cas de la revocation d'une donation pour survenance d'enfans, & d'une restitution fondée sur la minorité & la lesion, & d'une separation des patrimoines, demandée par les creanciers du défunt, lors de laquelle les creances du défunt sur son heritier, commencent à revivre, & la confusion cesse; quoique toutes ces manieres de resoudre un titre d'acquisition soient differentes. Car les unes se font pour le present seulement; les autres se font dés-à-present comme déslors, les unes se font par translation du droit d'une personne à une autre, les autres par rescision; par-

ce qu'il suffit que la resolution du contrat ou de l'addition d'heredité soit forcée, pour faire que la confusion n'ait point de lieu. Outre que dans l'espece dont il s'agit, l'heritier pur & simple qui exclut l'heritier beneficiaire, ne le peut exclure précisément, que des biens de la succession, & qu'enfin l'heritier pur & simple feroit, en ce cas, un profit injuste & contre toute sorte d'équité : c'est pourquoy il faut rendre à l'heritier beneficiaire tous ses droits, & cela ne luy peut estre contesté.

55. Si l'heritier beneficiaire a pû commettre ou hypotequer pendant sa joüissance.

La question de sçavoir si l'heritier beneficiaire a pû commettre le fief, ou hypotequer les biens de la succession pendant sa joüissance au préjudice de l'heritier pur & simple qui demande l'exclusion, peut-estre aprés avoir laissé l'autre en possession pendant plus d'une année, est plus susceptible de difficulté. Pour la traiter il faut s'attacher à une espece particuliere qui s'est presentée depuis peu. Un particulier est decedé & a laissé entr'autres biens un fief considerable, & entre ses dettes quelques dettes chirographaires, il est arrivé que son frere qui estoit son heritier présomptif ayant obtenu des Lettres de benefice d'inventaire, & avant que de les faire enteriner devant le Juge Royal, a eu un differend avec le Seigneur dominant de ce fief de la succession, & l'a frappé le premier. Le Seigneur en a fait informer & a demandé la commise, sur quoy l'on demande trois choses. La premiere, si la commise peut avoir lieu au préjudice des creanciers chirographaires de la succession. La 2. si supposé que cela fist difficulté, le Seigneur feodal n'est pas en droit de justifier qu'il y a suffisamment d'autres biens pour satisfaire tous les creanciers, afin que ce fait estant verifié, on luy ajuge la commise. La 3. si un parent plus éloigné se presentant dans l'an pour demander l'exclusion de cet heritier beneficiaire, il ne pourroit pas retirer & revendiquer le fief commis, & anéantir ainsi la commise ?

Il faut répondre à l'égard de la premiere, que quoique Maistre Charles du Molin sur l'article 30. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 59. ait esté d'avis que le Seigneur feodal peut user de la commise contre l'heritier beneficiaire, & au préjudice des creanciers chirographaires de la succession : pourvû qu'il ne leur ait pas promis en jugement sous la caution de tous les biens, de les payer jusques à la concurrence de ce qui se trouveroit dans la succession, auquel cas ils sont devenus creanciers hypotequaires ; neanmoins la verité est, que le Seigneur ne se peut dispenser de payer les creanciers chirographaires, parce que l'heritier n'a pû commettre que ce qui luy appartenoit : Or il ne luy appartenoit rien que les dettes payées, & il est vray que, comme dit Maistre Charles du Molin, ces sortes de creanciers n'ont pas un droit réel & d'hypoteque ; & qu'au contraire le Seigneur de fief est fondé sur la Loy de la concession & de l'infeodation, & sur une condition apposée dans l'alienation du fond, qui est de la commise au cas de felonie ; mais outre que la mort a rendu certaine l'écriture privée du défunt : ensorte que l'on ne peut point prétendre que les billets ayent esté faits en fraude de la commise, il est certain que toutes les dettes d'un défunt, de quelque nature qu'elles puissent estre, affectent son patrimoine & le diminuent à proportion, non pas toûjours par droit d'hypoteque, mais par un retranchement qui se fait naturellement & de plein droit sur les biens, au prorata de ce qui est necessaire pour les acquitter ; Mais dautant que la commise du fief est une fois acquise, parce que, comme dit Maistre Charles du Molin, au même endroit, l'heritier beneficiaire est un veritable heritier qui peut aliener, comme un heritier pur & simple, excepté qu'il ne peut pas disposer à titre gratuit en fraude des creanciers, il faut aussi convenir, que s'il y a suffisamment de biens dans la succession, pour payer les dettes, sans toucher au fief, il devra estre reservé au Seigneur feodal en vertu de sa commise. Joint que l'action des creanciers de la succession est en ce cas, une espece de demande en separation de biens, laquelle n'empêche pas que les creanciers de l'heritier, & par consequent le Seigneur, à qui il doit la reparation d'un forfait, ne viennent sur les biens du défunt, aprés que ces creanciers du défunt ont esté payez.

56. Resolution que l'exclusion empêche l'effet de la commise.

Il reste donc d'examiner si un parent plus éloigné venant à demander la succession comme heritier pur & simple, empêchera l'effet de la commise. Et j'estime qu'il faut conclure pour l'affirmative : parce que l'heritier pur & simple qui exclut l'heritier beneficiaire, est presumé avoir toûjours esté heritier, & n'est tenu de reconnoître ni les dettes & hypoteques de l'heritier beneficiaire, ni la commise qu'il pourroit avoir encouruë. Ce qui se verifie par l'exemple du retrait lignager, par lequel le retrayant rentre dans l'heritage, qui estoit sorti de sa famille, sans estre sujet à aucune des dettes & hypoteques de l'acheteur ; & l'on peut dire du droit d'exclusion, ce que Maistre Charles du Molin dit du retrait. *Consuetudo retractus proximitatis est translatoria, & transfert emptionem in retrahentem, & perinde est, ac si retrahens emisset immediatè ab ipso venditore.* Car l'heritier simple qui exclut le beneficiaire entre en sa place, & est reputé avoir esté heritier dés la mort du défunt, comme le retrayant est reputé avoir acquis immediatement du vendeur. Cela a encore lieu dans le retrait feodal. Du Molin sur Paris, §. 13. gl. 5. qu. 9. nomb. 45. Cela se verifie pareillement dans le cas qu'en consequence de l'article 159. de la Coutume de Paris, le parent retire par retrait lignager le fief, qui avoit esté retiré par le Seigneur feodal : car il ne souffre point des dettes & hypoteques du Seigneur de fief, comme il vient d'estre dit, qu'il ne souffroit point de celles de l'acheteur. Enfin, comme celuy qui vient à la place de l'indigne est reputé succeder immediatement au défunt ; aussi celuy qui vient par l'exclusion d'un heritier beneficiaire. A quoy il faut ajoûter un raisonnement invincible, qui est, que l'exclusion n'auroit pas d'effet si les creanciers de l'heritier beneficiaire avoient hypoteque sur les biens de la succession, & si l'heritier pur & simple estoit obligé de les reconnoître : ou si l'heritier beneficiaire avoit pû commettre dans l'entre-temps le fief de la succession envers le Seigneur, qui est encore son creancier à cet égard. Car il seroit toûjours vray de dire qu'il demeureroit heritier, tandis que ses creanciers profiteroient ainsi des biens de la succession.

57. Si l'heritier beneficiaire a pû aliener avant l'exclusion.

Il y a, à mon avis, plus de difficulté à l'égard des alienations qui auroient esté faites par un heritier beneficiaire, & cependant il semble, que ou il ne faut point admettre ce droit d'exclusion, ou il faut dire que l'heritier pur & simple qui exclut l'heritier beneficiaire, peut rentrer dans les biens immeubles qui ont esté par luy alienez, à moins que le prix n'en ait esté employé au

Raisons pour montrer qu'il n'a pû aliener.

payement des creanciers. Car l'heritier beneficiaire dans la crainte d'estre exclus par un heritier pur & simple, peut vendre tous les immeubles dés le lendemain qu'il a accepté la succession : Aprés quoy l'exclusion que pourroit demander un heritier pur & simple ne luy serviroit qu'à se charger des dettes de la succession sur la foy d'une garantie contre cet heritier beneficiaire, pour luy faire rapporter le prix de la vente, laquelle le plus souvent luy seroit inutile. Ce qui se peut confirmer par l'exemple du retrait feodal qui ne laisse pas d'avoir lieu pour le total, du fief : quoique l'acheteur ait déja disposé du même fief, ou d'une partie, avant que le Seigneur ait intenté son action en retrait, suivant Maistre Charles du Molin sur le §.13. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 45. Mais comme il appuye cette décision sur ce que le Seigneur feodal prévient la vente qui pourroit estre faite par le premier acheteur, par un droit réel qu'il a au moment de la premiere vente, l'on peut dire que l'exemple du retrait lignager convient encore mieux à l'espece : Or il y a plusieurs Coutumes qui décident, que quand l'acheteur dispose dans l'an de l'heritage sujet au retrait, le lignager du premier vendeur ne laisse pas de pouvoir exercer le retrait sur le second acquereur : quoiqu'il ne soit point parent du second vendeur, comme la Coutume d'Auvergne chap. 23. du Retrait, art. 12. & celle d'Auxerre art. 177. & 178. & c'est aussi le sentiment de Paul de Castres en son conf. 74.

Raisons pour montrer que l'heritier beneficiaire a pû aliener.

D'un autre côté l'heritier beneficiaire ne differant en rien de l'heritier pur & simple, sinon en tant qu'il n'est point tenu audelà des forces de la succession, & qu'il ne confond point ses propres créances, suivant la Loy *Scimus C. de jure delib.* & estant veritable proprietaire : puisque la proprieté des biens de la succession ne peut pas demeurer en suspens à cause de nostre regle *le mort saisit le vif*, il semble qu'il ait pû vendre jusques à ce qu'un heritier plus éloigné ou de même degré ait intenté son action, pour l'exclure en qualité d'heritier pur & simple : d'autant plus que l'heritier pur & simple pouvoit prévenir ces alienations. En quoy il semble que cette question soit plus favorable pour les acheteurs, que celle qui vient d'estre traitée, concernant les hypoteques passives de l'heritier beneficiaire : car il ne seroit pas au pouvoir de l'heritier pur & simple de prévenir l'hypoteque des creanciers particuliers de l'heritier beneficiaire, si elle avoit lieu au préjudice de son droit d'exclusion ; mais il peut prévenir les alienations que feroit l'heritier beneficiaire en demandant l'exclusion aussi-tôt que l'autre avoit fait enteriner ses Lettres. A quoy il faut ajoûter, que la condition des acheteurs qui sont en bonne foy, & qui ont peut-estre ignoré que leur vendeur ne fût qu'heritier beneficiaire, semble plus favorable que celle d'un heritier, qui vient peut-estre d'un degré éloigné, & au bout d'un an, demander l'exclusion d'un plus proche heritier, pour frustrer les acheteurs, & quelquefois les creanciers de la succession, enfin, c'est la décision d'une Note de Maistre Charles du Molin sur l'art. 130. de la Coutume de Paris, nomb. 6.

Resolution pour l'heritier pur & simple, & contre les alienations.

Pour dire mon avis sur cette question qui est des plus importantes, & que Maistre Charles du Molin sur l'art. 30. de la Coutume de Paris, nomb. 159. se reserve de traiter en un autre endroit, que nous n'avons pas. J'estime que l'heritier pur & simple qui exclut le beneficiaire peut évincer celuy qui a acquis de luy. 1. Parce que ce seroit rendre illusoire ce droit d'exclusion, que de ne pas donner la faculté d'évincer les acheteurs, comme il vient d'estre observé. Et ou il faut abolir ce droit de preferer l'heritier simple, quoique plus éloigné, à l'heritier beneficiaire, ou il faut remettre les choses en l'état qu'elles estoient, si ce n'est à l'égard de ce qui concernoit la simple administration.

2. Parce que c'est une maxime, que *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* : & sur ce fondement l'heritier ne peut pas aliener ni hypoteque la chose substituée, & frustrer ainsi l'esperance du substitué, son temps expiré, l'on revoque ses alienations. Il en est de même de toute autre restitution, qui doit estre faite par l'heritier, comme celle d'un legs : & c'est la disposition de la Loy *Si duobus 3. C. communia de legat.* qui dit au *§. 3. versic. sin autem. Sin autem avaritiæ cupidine, propter spem non implendæ conditionis, ad venditionem vel hypothecam prosilierit, sciat quod conditione impleta ab initio causa in irritum revocetur :* Sur ce fondement un heritier grévé ne peut pas refuser un droit d'accroissement, ni admettre un incapable en participation des biens de la succession, *L. præses 12. C. de transaction.* Or l'heritier beneficiaire n'est appellé par nos Coutumes, que sous cette condition qu'il ne se presentera pas d'heritier pur & simple. Ainsi il ne peut vendre cependant, ou sa vente doit estre revoquée.

3. L'on peut comparer l'heritier beneficiaire à celuy qui acqueroit quelque chose sous cette condition, que si dans un certain temps l'on offroit au vendeur un plus grand prix, la vente demeureroit nulle, ce qui s'appelloit *addictio in diem :* car la Loy municipale défere la succession à cet heritier à peu prés sous la même condition : c'est à dire, pourvû que dans l'an il ne se presente point un autre heritier, qui fasse la condition du défunt, & de ses creanciers meilleure, en acceptant la succession purement & simplement. Or il est décidé en la Loy *Si res distracta 3. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.* qu'un acheteur, qui a acquis sous cette condition, ne peut pas aliener & hypotequer l'heritage au préjudice de la reserve. Et il faut dire sur le même fondement, que l'heritier beneficiaire, qui n'est admis qu'au défaut de l'heritier pur & simple, ne peut point aliener ni hypotequer, tandis que l'on peut esperer qu'il y aura un heritier pur & simple : ce que l'on peut appuyer de l'exemple des retraits, dans lesquels le retrayant ne reconnoist ni les alienations, ni les hypoteques.

Enfin, l'on peut soutenir qu'un heritier beneficiaire est exclus par un heritier pur & simple, en quelque façon, comme un heritier plus éloigné, qui se seroit mis en possession, & qui seroit exclus depuis par le plus proche heritier : Or il est certain que cet heritier plus éloigné n'auroit pas pû aliener pendant sa joüissance, au préjudice du plus proche heritier. Je dis en quelque façon : car cette comparaison n'est pas juste en toutes choses, l'heritier beneficiaire qui doit estre exclus

exclus dans la suite, ne laissant pas d'avoir cependant une legitime administration, ensorte que s'il a composé & transigé sur quelques droits litigieux de la succession, à moins qu'il n'y ait eu de la prévarication de sa part, la transaction doit estre executée : car l'accommodement d'un procés, qui peut quelquefois ruiner une succession en frais, peut passer pour un acte de legitime administration, puisqu'on permet cela à un heritier chargé de restituer. La Loy *Præses 12. C. de transaction.* qui vient d'estre citée, établit cette doctrine pour les Officiers de Ville, & dit. *Præses Provinciæ existimabit utrum de dubia lite transactio inter te & civitatis tuæ administratores facta sit, an ambitiosè, id quod indubitatè deberi posset, remissum sit : nam priore casu ratam manere transactionem jubebit, posteriore verò causa, nocere civitati gratiam non finet.*

58. *Quid à l'égard des meubles.* Il semble au contraire, qu'il peut disposer des biens meubles, au moins en observant les formalitez perscrites par l'article 344. de la Coutume de Paris, parce qu'il en est saisi, & comme les meubles n'ont point de suite, & qu'il seroit assez difficile de les rechercher, aprés qu'ils ont esté vendus par l'heritier beneficiaire, & que d'ailleurs la Coutume a prescrit comment il les devoit vendre, il seroit injuste aprés cela d'inquieter les acheteurs des meubles, qui se sont reposez sur la foy publique & sur une vente solemnelle. Il faut même estre averti, que dans l'usage on a negligé cette formalité de l'article 344. de la Coutume de Paris, ce qui est attesté par Tronçon sur cet article *in verb.* ne peut vendre. Tellement que les creanciers ne peuvent trop tost saisir les meubles de la succession beneficiaire, sans quoy l'heritier en peut disposer : ce qui a esté jugé par Arrest de la premiere des Enquestes du Jeudy 10. May 1691. en la Cause d'Estienne Gautier contre Claude & Estienne Berny, pour une obligation de 20000. livres, qui estant un effet de la succession de Monsieur le Mareschal de la Ferté, avoit esté cedé par Monsieur le Duc son fils & heritier beneficiaire, à Gautier son creancier particulier.

59. *Quid si l'heritier beneficiaire a vendu avec decret.* Et comme il y a des Coutumes qui pourvoyent à la maniere dont les immeubles doivent estre vendus par l'heritier beneficiaire, par exemple, la Coutume d'Orleans qui porte en l'article 343. *que l'heritier beneficiaire ne pourra vendre les immeubles de la succession ; sinon avec les solemnitez requises en fait de criées*, il suffiroit dans ces Coutumes que la vente des immeubles eût esté faite avec ces formalitez, pour faire que l'heritier pur & simple, en excluant le beneficiaire, ne pût pas évincer les acheteurs. Et j'estime même que dans la Coutume de Paris, si un acquereur avoit acheté d'un heritier beneficiaire à la charge du decret, lequel eût esté fait avec dépossession dans l'an qui est donné à l'heritier pur & simple pour demander l'exclusion, quoique le prix ne parût pas avoir esté employé au payement des dettes ; neanmoins l'heritier pur & simple ne pourroit pas non plus évincer, parce que le decret auroit esté fait *super Domino*, & que d'ailleurs il ne doit pas estre en la disposition d'un heritier, peut-estre éloigné, d'évincer ainsi un acquereur qui a fait un decret, & qui a pris toutes les précautions necessaires. Car quelques-uns prétendent que tout heritier beneficiaire, qui est comparé dans la plûpart des Coutumes, & principalement dans celle de Paris, art. 151. & 344. à un curateur aux biens vacans, est obligé de vendre avec ces formalitez, que nous devons suivre en cela la Coutume d'Orleans, laquelle a esté reformée depuis la nostre & en 1583. & que c'est une précaution necessaire tant à l'heritier, qu'à l'acheteur, & tant contre les creanciers, que contre un autre heritier qui se vient declarer heritier pur & simple, de l'avis desquels il seroit assez difficile de s'éloigner au cas de l'exclusion, & quand il s'agit de l'interest de l'heritier pur & simple, quoique la Coutume de Paris n'en ait point de disposition précise, non plus que pour obliger l'heritier pur & simple de demander l'exclusion dans l'an, en quoy neanmoins nous suivons la même Coutume d'Orleans qui en a disposé en l'article 340. quoique Fortin & Ricard s'en soient éloignez eux-mêmes, estimant qu'à Paris un heritier beneficiaire peut vendre un immeuble sans formalitez, & qu'en prenant au plus la précaution de faire liciter l'heritage, il vend valablement. Ce qu'ils n'ont dit qu'en general, & non pas pour le cas de l'exclusion dont il s'agit. Mais dés que l'on s'attacheroit au défaut de disposition dans la Coutume de Paris, il semble qu'il ne faudroit ni criées, ni licitation. Ainsi y ayant grand inconvenient de n'apporter aucunes formalitez, j'estimerois que le meilleur parti seroit de suivre la Coutume d'Orleans, & de juger le decret necessaire, principalement quand le vendeur est exclus par un heritier pur & simple, hors ce cas, la licitation suffit.

Au contraire, l'heritier beneficiaire ne pourroit pas aliener à titre gratuit un effet immobilier de la succession, & l'action Paulienne auroit lieu, en ce cas, pour revoquer ce qui auroit esté donné en fraude des creanciers, soit que le donataire fût participant de la fraude, soit qu'il l'ignorât. *L. quod autem 5. simili modo 11. ff. quæ in fraudem credit.* Il y auroit plus de difficulté à l'égard de la donation d'un meuble de la succession beneficiaire, parce que les meubles n'ont point de suite. Ainsi je croirois bien que l'heritier seroit tenu de compter de la juste estimation, mais non pas que l'on pût revoquer la donation, si elle n'étoit évidemment en fraude des creanciers. 60. Si l'heritier beneficiaire peut aliener à titre gratuit.

J'estime aussi que les payemens faits à l'heritier beneficiaire pendant l'année qu'il est sujet à estre exclus par un heritier pur & simple, ne laisseront pas d'estre bons, parce que la recette des dettes actives, & l'acquittement des dettes passives, dépendent d'une legitime administration, qui ne luy peut estre contestée pendant qu'il ne se presente point d'heritier pur & simple. C'est ainsi qu'il est decidé dans le Droit, que l'on peut payer à toute sorte de tuteurs, même aux honoraires, que Monsieur Cujas appelle *tuteurs subsidiaires*, & à ces affranchis qui estoient donnez pour tuteurs, par la seule raison qu'ils avoient la clef des affaires du logis, *qui notitiæ causâ dabantur l. 14. ff. de solution.* 61. Si l'on paye valablement à l'heritier beneficiaire.

Il faut dire par la même raison, que s'il est dû dix mille liv. à la succession beneficiaire, & qu'elle doive pareille somme, le creancier des dix mille livres venant à ceder sa créance au debiteur de pareille somme, avant qu'il y ait une saisie sur celuy-cy, la compensation aura lieu, de même qu'elle auroit lieu dans le cas d'une succession acceptée purement & simplement, ou qu'elle auroit eu lieu du vivant de celuy qui estoit respectivement creancier & debiteur, si cette cession s'estoit faite de son temps, selon la Loy 1. *ff. de compensation.* qui établit cette compensation dés qu'il a un concours de dette & de créance. La raison est, que le debiteur pouvant payer à l'heritier beneficiaire, il peut prendre la cession d'une dette sur la succession, & en devenant par ce moyen créancier debiteur, éteindre sa dette par la voye de la compensation : ce qui est un moyen assuré, Qu'avant toute saisie le creancier de la succession beneficiaire, peut ceder au debiteur de la même succession, qui compense dés ce moment.

par lequel un dernier creancier de la succession peut se faire payer de son dû sans forme de procés, au préjudice de ceux qui le précedent en hypoteque, & cet exemple justifie ce que nous avons déja dit ailleurs, que les creanciers d'une succession beneficiaire ne peuvent trop tost saisir les effets de la succession: Enfin, l'exclusion qui sera donnée dans la suite à l'heritier beneficiaire par le pur & simple, ne rétablira point la creance ni la dette du défunt, en l'état qu'elles estoient lors de son decés.

Il ne faut point objecter contre nostre décision principale ce que nous dirons au Chapitre des Dettes, liv. 4. que le moment du decés regle l'état des affaires, & des dettes du défunt: ensorte que celuy qui n'est que creancier chirographaire du défunt, en ce moment, ne peut jamais devenir creancier hypotequaire de sa succession: car cette maxime n'empêche pas qu'un creancier, sur qui l'on n'a point saisi, ne puisse ceder sa creance, ce qu'il peut par consequent au profit d'un debiteur de la succession, aussi-bien que de toute autre personne.

62. Conditions de l'éviction du tiers détempteur.

Enfin, quand je dis que celuy qui a acquis de l'heritier beneficiaire sans decret ni formalitez pendant l'année de son exclusion, doit estre évincé, je l'entends aprés que l'heritier pur & simple aura discuté l'heritier beneficiaire, qui est tenu de luy rendre le prix des choses qu'il a venduës, & contre lequel il a ses actions directes. Ainsi je requiers toutes ces conditions pour admettre la revendication contre celuy qui a acquis de l'heritier beneficiaire: La premiere, qu'il s'agisse d'un immeuble. La seconde, que le prix de l'immeuble vendu n'ait pas esté employé au payement des creanciers. La troisiéme, que l'heritier beneficiaire soit trouvé insolvable, aprés que ses biens auront esté discutez. La quatriéme, que l'heritage ait esté vendu à l'amiable & sans decret. La cinquiéme & derniere, que l'exclusion ne soit pas l'effet d'une intelligence entre deux heritiers, & que l'heritier pur & simple ait demandé l'exclusion dans l'an.

63. Si l'arriere-fief retiré par l'heritier beneficiaire, appartient à l'heritier pur & simple qui l'a exclu.

L'on peut encore proposer cette question. Un heritier présomptif ayant obtenu, & fait enteriner des Lettres de benefice d'inventaire, il est arrivé que l'on a vendu peu de temps aprés un fief qui estoit de la mouvance d'un fief dominant, qui faisoit partie de la succession beneficiaire, & l'heritier ayant retiré feodalement cette arriere-fief ainsi vendu, il a esté exclus de la succession beneficiaire par un heritier pur & simple; il s'agit de sçavoir s'il sera obligé de restituer cet arriere-fief à l'heritier pur & simple, qui offre de luy rembourser le prix du retrait.

Il faut répondre pour la negative, parce que l'heritier beneficiaire est proprietaire du fief dominant, jusqu'à ce que l'heritier pur & simple ait demandé son exclusion, & il fait les fruits siens, au respect de cet heritier qui l'exclut; il n'est obligé de restituer que les biens de la succession en l'état qu'il les a trouvez: Que s'il a acquis un arriere-fief, même par retrait feodal, il l'a acquis pour luy même, parce qu'estant veritable proprietaire du fief suzerain, il avoit la puissance d'user du retrait, & de s'approprier le fief servant, dont d'ailleurs il ne se fait point deréünion ni de consolidation, à cause que le retrayant n'est pas, en ce cas, proprietaire incommutable: ce que Maistre Charles du Molin a ainsi resolu sur l'article 13. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 64. & 65. à l'égard de celuy qui a acquis à la charge du remeré, & ce qu'il étend universellement à tous ceux, qui estant veritables proprietaires, sont obligez neanmoins de restituer, décidant le contraire à l'égard de celuy qui auroit acheté sans formalitez le fief dominant appartenant à un mineur, lequel seroit obligé de restituer l'arriere-fief qu'il auroit retiré féodalement pendant sa joüissance, parce qu'il n'auroit jamais esté veritable proprietaire du fief dominant. Mais si nostre heritier beneficiaire, n'estant point exclus par un heritier pur & simple, se resout dans la suite de renoncer à la succession, comme la trouvant plus onereuse que profitable, les creanciers qui ne pourront estre payez sur les autres biens, se pourront venger sur l'arriere-fief ainsi retiré, en le remboursant du prix & des loyaux cousts, parce que c'est un des fruits dont il leur doit compte. Le même aura lieu, quoiqu'il ne renonce pas, & toutes les fois qu'il sera obligé de compter des fruits.

Enfin, il faut observer que l'heritier pur & simple, en excluant l'heritier beneficiaire, est obligé de luy rembourser toutes les avances qu'il a faites, & de l'indemniser de toutes les dépenses necessaires à l'*instar* de ce qui est décidé en la Loy 4. & en la Loy derniere §. 1. *C. de petit. hered.* & en la Loy *Possessor eodem:* C'est le sentiment de Bacquet, des Droits de Justice chap. 15. nomb. 36. & comme on fait donner caution à l'heritier beneficiaire pour les meubles & pour les fruits extans, aussi il est juste de la faire donner à l'heritier pur & simple qui l'exclut, afin que les creanciers ne perdent rien à ce changement. Et dans le même temps que l'exclusion a lieu, toutes les actions de l'heritier, & celles qui se peuvent intenter contre l'heritier, passent en la personne de l'heritier pur & simple, & se peuvent intenter contre luy, à l'exemple de ce qui est dit de celuy à qui on restituë un fideicommis en la Loy 1. *ff. ad Trebell.* Ce qui feroit douter que cet heritier, qui vient ainsi par exclusion, se pût dire saisi. Car il ne l'est point au temps du decés de celuy de la succession duquel il s'agir, si ce n'est qu'il soit en égal degré que celuy qu'il exclut, auquel cas c'est un droit de non décroissement: Que s'il exclut estant dans un degré plus éloigné, il semble que non seulement il ne se peut dire saisi au temps de la mort, puisque l'heritier beneficiaire estoit saisi luy-même, & que deux heritiers ne peuvent pas estre saisis des mêmes parts d'une succession, mais encore il ne se peut pas dire saisi du moment de l'exclussion, puisqu'il n'est point heritier de l'heritier beneficiaire.

64. Que l'heritier qui exclut, doit rendre les frais & dôner caution.

Il faut dire nonobstant tout cela, qu'il est reputé saisi au moment du decés, l'heritier beneficiaire n'ayant esté saisi que revocablement, & c'est ce que nous avons arresté au premier Chapitre de ce Livre.

65. Limitation de ce qui a esté dit que l'heritier beneficiaire n'est point tenu de compter les fruits.

Aprés avoir expliqué comme l'heritier beneficiaire est sujet à estre exclus par l'heritier pur & simple, il faut retourner à ses obligations, & pour ne pas laisser sans distinction ce qui vient d'estre dit, qu'il n'estoit point obligé à la restitution des fruits, il faut observer que cela se doit entendre au respect de l'heritier pur & simple seulement, mais non à l'égard des creanciers de la succession, ausquels il est tenu de rendre un compte exact des fruits qu'il a perçûs, parce qu'il ne peut jamais tirer aucun profit de la succession, encore moins quand il est exclus, qu'au préalable toutes les dettes ne soient acquittées. Bacquet chap. 15. nomb. 33. Peregr. de fideic. art. 4. nomb. 74.

Que si l'heritier beneficiaire ayant esté exclus par le pur & simple, il se trouvoit que les biens fussent absorbez par les dettes, en ce cas l'heri-

tier pur & simple auroit droit luy-même de poursuivre la restitution des fruits contre l'heritier beneficiaire ; non pas comme un émolument de la succession : car en ce sens l'heritier beneficiaire, comme veritable proprietaire & possesseur de bonne foy auroit fait les fruits siens, mais parce qu'au contraire cet heritier beneficiaire, non plus qu'un pur & simple, ne peut tirer aucun émolument de la succession qu'aprés le payement de toutes les dettes.

66. Si l'heritier beneficiaire est tenu personnellement des dettes & sur ses propres biens. L'on a formé deux doutes touchant les obligations de l'heritier beneficiaire, qu'il est également important de décider pour achever de faire connoistre la nature du benefice d'inventaire. Le premier de sçavoir si l'heritier beneficiaire peut estre poursuivi personnellement, ou par l'action mixte. Le second, s'il peut estre poursuivi hypotequairement.

Quelques-uns ont voulu qu'il fût tenu personnellement & sur ses propres biens, sauf à luy à se servir de l'exception, quand il croit avoir payé des dettes, jusqu'à la concurrence des biens de la succession ; ce qu'il peut justifier en rendant compte, à l'exemple d'un maistre qui estant tenu jusqu'à la concurrence des biens qui composent le pecule de son esclave, ne laisse pas d'estre poursuivi sur ses propres biens. En effet, il semble que ce soit là le sens de ces termes de la Loy *Scimus C. de jure delib. In tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum substantiæ ad eos devoluta valeant.* Car quand on dit, que quelqu'un est tenu à proportion des biens, il semble qu'on le soumette à l'action personnelle & qu'on luy donne une simble exception, pour alleguer la proportion des payemens par luy faits avec les biens de la succession. D'ailleurs, la Loy dit bien : *Si verò contra defunctum aliquas habeat actiones, hæ non confundantur ; sed similem cum aliis creditoribus habeat fortunam* : mais elle ne dit point qu'il ne se fasse point de confusion de patrimoine.

67. Resolution pour la negative. Il est cependant d'une pratique incontestable, que l'heritier beneficiaire ne peut estre poursuivi sur ses propres biens. Bacquet chapitre 15. nomb. 33. & on a inferé de ces deux dispositions de la Loy, qui luy donnent le privilege de n'estre tenu qu'à proportion des biens de la succession & de ne point confondre ses propres creances, que ses biens estoient separez d'avec ceux du défunt. Et j'estime que nôtre Droit n'est point en cela trop contraire à l'esprit de la Loy, puisque Justinien a établi le benefice d'inventaire pour toute sorte d'heritiers, à l'*instar* d'un privilege special que l'Empereur Gordien avoit introduit en faveur des soldats, qui en faisant inventaire n'estoient point tenus non plus, audelà des forces de la succession. Or il paroist par ce qui est dit au commencement de la Loy *Scimus*, que ce privilege des soldats estoit tel, que n'estant tenus qu'à proportion des biens dont ils estoient heritiers, ils ne pouvoient estre poursuivis sur leurs propres biens; *Quatenus pro his tantum rebus conveniatur, quas in hereditate defuncti invenerit ; ipsorum autem bona à creditoribus hereditariis non inquietentur.* Il y a même apparence que l'Empereur Justinien voulut ajoûter quelque chose par cet établissement au droit des separations de biens, qui n'avoit pas lieu pour les creanciers de l'heritier ; mais seulement pour ceux du défunt, & qui estoit un secours fort imparfait ; car si d'un côté les creanciers du défunt pouvoient empêcher la confusion des biens en demandant cette separation; de l'autre, lorsque les biens du défunt n'étoient pas suffisans, comme ils s'en estoient une fois contentez, dans la rigueur du Droit ils ne pouvoient pas revenir sur les biens de l'heritier, non pas même aprés que ses propres creanciers avoient esté satisfaits, *L. 1. §. 17. & l. 5. ff. de separation.* Ce que le grand Papinien a neanmoins voulu corriger en la Loy 3. au §. dernier du même titre. Voilà le foible du droit des separations, en ce qui regarde l'interest des creanciers du défunt ; mais il y avoit un bien plus grand inconvenient dans ce Droit en ce qui concerne l'interest des creanciers de l'heritier, parce qu'ils ne pouvoient pas demander la separation que les autres pouvoient demander contr'eux ; *L. 1. §. 2. eod.* & c'est à cela qu'il semble que l'Empereur a voulu remedier par le benefice d'inventaire, en permettant à l'heritier même de faire une espece de separation de biens pour ses creanciers contre ceux du défunt, par le moyen d'un fidele inventaire, & communiquant ainsi à toute le monde le privilege que l'Empereur Gordien avoit établi en faveur des soldats.

Et je ne doute pas que cette Constitution, que Justinien dit qu'il avoit faite touchant les dettes inopinées, *de improvisis debitis*, ne fût encore sur le même pied. En effet, il est assez mal-aisé de s'imaginer qu'un heritier ne soit point tenu au delà des forces de la succession, & qu'il puisse conserver ses creances & les exiger dans la suite sur les biens du défunt ; & que cependant il se fasse confusion des patrimoines du défunt & de l'heritier. Enfin, ceux qui autrefois ont voulu se former à cet égard une autre pratique du benefice d'inventaire, ont esté obligez d'avoüer, qu'il y avoit un inconvenient dans leur opinion, qui estoit que les derniers creanciers estant ordinairement les plus pressans, il arriveroit souvent que l'heritier beneficiaire auroit payé mal-à-propos, & qu'il ne se pourroit pas recuperer sur les biens de la succession, aprés une discussion generale, qui emporte une infinité de frais. Ainsi comme il y avoit ce défaut dans la pratique qu'ils ont voulu établir, il faut laisser là leurs conceptions, & s'en tenir à nôtre pratique ordinaire du benefice d'inventaire, qui donne des heritiers aux défunts, avec des avantages, sans lesquels ils negligeroient leurs successions, & le tout sans rien diminuer des anciens droits, & des hypoteques des creanciers.

☞ Il semble qu'il faut dire sur le fondement de cet usage que si quelqu'un s'estant porté heritier de son pere par benefice d'inventaire, & de sa mere purement & simplement, vient à deceder sans avoir payé les dettes de la succession beneficiaire, & laisse des heritiers paternels, & des maternels ; ceux-cy ne seront point obligez de contribuer au payement des dettes paternelles, les dettes ni les biens du côté du pere ne s'estant point confondus dans les mains du fils ; & ces dettes ne se pouvant pas exiger sur les biens particuliers du fils, mais seulement sur les biens du pere, parce que le fils n'estoit point sujet à l'action personnelle, & par consequent ses heritiers n'y sont point sujets. 68. Si les heritiers maternels ne payent point les dettes paternelles, quand le défunt s'est porté heritier de son pere par benefice d'inventaire.

Raisons pour les heritiers paternels.

D'autre côté on peut dire que les heritiers paternels & les maternels, contribueront à ces dettes à proportion de l'émolument qu'ils tirent de la succession du fils, parce qu'autre chose est de demander si les creanciers peuvent poursuivre le fils heritier beneficiaire sur ses propres biens, de son vivant, ou aprés sa mort. Autre chose de demander si entre les heritiers de ce fils, qui estoit heritier beneficiaire, ces dettes paternelles

ne doivent pas passer pour ses propres dettes; ensorte que tous ses heritiers y doivent contribuer à proportion de l'émolument qu'ils tirent de sa succession; le privilege de n'estre point tenu personnellement & sur ses propres biens, regarde uniquement les creanciers : Que si l'heritier beneficiaire vient à deceder, sans avoir payé les dettes de la succession beneficiaire, il est vray de dire que, quoique les creanciers de la succession beneficiaire ne se puissent pas adresser sur ses propres biens, non plus qu'ils ne l'auroient pas pû de son vivant; neanmoins entre ses heritier ces mêmes dettes ne doivent point estre considerées, comme celles du pere, mais comme celles du fils, suivant la maxime ordinaire, qui dit : *hereditas addita non est amplius hereditas, sed patrimonium heredis*, maxime qui a lieu aussibien pour la succession d'un heritier beneficiaire, que pour la succession d'un heritier pur & simple. On peut ajoûter qu'il en est de même de cette espece, comme de celle où les heritiers des meubles d'une femme concourent avec ses heritiers des propres : car si les premiers acceptent sa communauté & qu'en general cela soit plus utile à la succession, alors les derniers sont tenus de contribuer à toutes les dettes de cette communauté, même aux mobiliaires; quoiqu'ils ne profitent d'aucuns biens de cette communauté, mais les uns ni les autres ne seront tenus de ces dettes au-delà des forces de la communauté ou plûtost du profit que la succession de la femme tirera de la communauté. Comme icy les heritiers maternels doivent contribuer avec les paternels, & payer ces dettes à proportion de l'émolument que la succession de celuy *de cujus bonis*, tirera de la succession du pere.

Et pour répondre à l'objection que le défunt en qualité d'heritier beneficiaire n'estoit point obligé personnellement à payer les dettes, mais seulement sur les biens de la succession, sans pouvoir jamais estre executé ni poursuivi dans ses biens particuliers, il faut observer que ce privilege n'est accordé par la Loy *Scimus C. de jure delib.* que contre les creanciers de la succession : & même il n'est pas formel dans la Loy, mais nous l'avons inferé de ces termes de la Loy : *Ut intantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devoluta valeant & nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant* : ce qui n'est dit que par rapport aux creanciers : de même que le privilege de ne point confondre les creances qu'il a luy-même contre la succession, dont il est fait mention dans le §. *in computatione 9.* de la même Loy en ces termes : *Si verò ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus, per omnia habeat fortunam*, duquel personne ne dira qu'il doive estre observé par des coheritiers, à l'égard desquels l'heritier beneficiaire, qui est creancier de la succession, ne peut pas s'empêcher de confondre sa part : Tous ces privileges estant également relatifs aux creanciers & cessant entre coheritiers. C'est pourquoy les heritiers paternels soutiennent que les heritiers maternels doivent contribuer au payement des dettes paternelles à proportion de l'émolument qu'ils tirent de la succession du fils.

Raisons pour les heritiers maternels.

Les heritiers maternels disent au contraire que les biens particuliers du défunt qui n'estoient pas obligez de son vivant, ne le sont pas davantage aprés son decés, & que quelque distinction qu'on fasse de l'interest des creanciers, d'avec celuy des coheritiers, l'obligation de ceux-cy dépendant du droit des autres dés que les creanciers de la succession beneficiaire n'ont pas les biens de l'heritier beneficiaire pour obligez, les heritiers de l'heritier beneficiaire ne peuvent estre tenus envers eux ni sur leurs propres biens, ni sur les biens particuliers de l'heritier beneficiaire, & les biens seuls de la succession beneficiaire leur estant obligez, les heritiers de l'heritier beneficiaire ne contribuent point entr'eux au payement de ces dettes à proportion de l'émolument dans la succession de l'heritier beneficiaire, puisqu'elle n'en est point chargée, mais seulement la succession beneficiaire même.

En effet, comment pourroit-on concevoir que les heritiers en qualité d'heritiers, fussent plus obligez que le défunt : & que le défunt n'ayant point subi d'obligation personnelle sur ses propres biens, ils fussent obligez de partager entre eux des dettes passives, ausquelles les biens du défunt n'avoient jamais esté sujets : D'autant plus qu'on ne peut pas dire icy qu'ils succedent à aucune obligation personnelle & qu'ils soient tenus de ces dettes à cause de la personne : puisque la personne du défunt n'y estoit point obligée, & que toute l'obligation de ces dettes estoit reduite aux biens de la succession beneficiaire, comme des rentes deuës par une succession vacante. Si on n'avoit voulu établir le benefice d'inventaire qu'au respect des creanciers, & ne pas tirer de pair la personne & les biens de l'heritier, on l'auroit laissé obligé comme un donataire, ou comme une femme qui a accepté la communauté, & on auroit réduit son privilege à n'estre point tenu *ultra vires*, mais on a jugé qu'il ne pouvoit estre tenu sur ses propres biens, non pas même jusques à concurrence de l'émolument qu'il tire de la succession beneficiaire : ainsi on l'a voulu exemter de l'obligation personnelle & réduire toute l'obligation aux biens de la succession en l'assujettissant seulement à la discussion comme un Commissaire aux biens saisis & un Curateur aux biens vacans, ausquels la Coutume de Paris le compare quelquefois. Que si on suivoit l'opinion contraire, on détruiroit ce privilege : car on assujettiroit aux dettes de la succession beneficiaire, les biens de l'heritier beneficiaire & les biens de ses heritiers, en faisant contribuer à ces dettes ceux de ses heritiers qui n'auroient rien dans la succession beneficiaire, & quoiqu'on ne manquera pas de dire que cela se fera par une espece de regalement entre coheritiers, plûtost que par une satisfaction envers les creanciers de la succession beneficiaire, il resultera toujours qu'il faudra employer les biens de l'heritier beneficiaire, ou ceux de ses heritiers, au payement des dettes de la succession beneficiaire; ce qui donne atteinte au privilege dons nous parlons.

On pourra insister en disant qu'il n'y aura que les biens de la succession beneficiaire qui s'employeront au payement de ces dettes, & qu'au surplus la contribution se fera entre les heritiers de l'heritier beneficiaire; mais on doit répondre, qu'on n'est point obligé de temperer ainsi l'opinion contraire, & qu'il faut exempter entierement les heritiers maternels du payement de ces dettes ou les y assujettir entierement; en sorte que les creanciers de la succession beneficiaire ayent leur action directe contr'eux : car il n'y a point de maniere de regaler les dettes entre coheritiers, que les creanciers ne puissent suivre quand bon leur semble, & specialement la manie-

re de les partager suivant l'émolument; quoique le partage *in viriles* leur soit plus propre & plus ordinaire qu'aucun autre. Ce droit ne peut jamais estre contesté aux creanciers, parce qu'il leur est toujours permis d'exercer les droits de chacun des heritiers en particulier.

Enfin, ne peut-il pas arriver que les heritiers paternels qui ont interest dans la succession beneficiaire, s'avisent dans la suite d'y renoncer; & quelle justice y auroit-il de faire payer cependant une partie des dettes de cette succession aux heritiers maternels qui ne profitent point des biens de la même succession & n'en peuvent jamais profiter, & de les réduire à repeter ce qu'ils auront ainsi contribué ou contre une autre ligne, ou contre les creanciers mêmes qu'ils auront payé?

Resolution pour les heritiers maternels.

Pour se determiner sur cette question, quoiqu'il faut avoüer qu'il y a un principe d'obligation personnelle en la personne de l'heritier beneficiaire; même selon nostre usage, qui l'exemte d'estre poursuivi sur ses propres biens; parce qu'une fois il est tenu de répondre aux creanciers qu'il est successeur à titre universel, & n'est pas moins heritier qu'un heritier pur & simple; puisqu'il profite des biens de la succession, s'il y en a de reste; neanmoins cette obligation est si foible en sa personne, qu'elle ne merite pas de porter le nom d'obligation tandis que le benefice d'inventaire subsiste: car quelle obligation personnelle y a-t-il, quand la personne ni les biens ne sont point tenus? Et l'on peut dire que l'heritier beneficiaire n'est tenu personnellement que de son administration, quoique les dettes estant acquittées le revenant bon de la succession le concerne. Ainsi les dettes de la succession beneficiaire deviennent pures réelles, & par consequent il n'est pas juste que l'heritier beneficiaire laissant luy-même des heritiers d'une autre ligne, qui ne peuvent profiter des immeubles de la succession beneficiaire, ceux-ci soient tenus de ces dettes attachées à des biens qui ne les concernent point. En effet, pourquoy considerer un lien d'obligation qui n'engage ni la personne ni les biens, & qui est tellement inefficace, qu'il se confond dans une simple administration. N'est-il pas plus juste de faire une espece de distraction dans la succession de l'heritier beneficiaire des dettes & des biens de la succession beneficiaire, pour obliger ceux de ses heritiers qui succedent à ses droits, soit en vertu de la proximité de degré, soit à raison de la ligne, de continuer l'administration; d'autant plus que ses heritiers qui succedent ainsi au benefice d'inventaire ont en main un moyen indubitable pour obliger les autres de contribuer au payement des dettes de la succession beneficiaire: c'est de se declarer heritiers purs & simples, ce qui leur est permis en tout temps. Que s'ils veulent garder le bien de la succession beneficiaire distinct & separé du reste des biens de la derniere succession qui leur est écheuë en prorogeant le benefice d'inventaire, & qu'ils ne le veulent pas confondre, ils n'en doivent pas non plus confondre les dettes ni en rejetter une partie sur des heritiers d'une autre ligne, qui ne peuvent rien prétendre à l'émolument de la succession beneficiaire.

Au reste il est bien vray que le privilege qu'a l'heritier beneficiaire de ne point confondre ses propres creances, *non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam*, n'est relative qu'aux creanciers, parce que le coheritier ne peut pas se dispenser de confondre à proportion qu'il est heritier, en tant que c'est luy qui se doit en partie; mais cela n'a rien de commun avec le privilege de n'estre point tenu sur ses propres biens, duquel il s'agit icy, qui s'execute en son entier entre coheritiers beneficiaires, & passe à leurs heritiers: ensorte que leurs biens ne sont jamais confondus avec ceux de la succession beneficiaire, ni pendant qu'ils vivent, ni aprés leur mort, parce que la qualité d'heritiers beneficiaires qui a une fois residé en leurs personnes, passe en la personne de leurs heritiers quoiqu'ils acceptent purement & simplement leurs successions particulieres.

Il y a pourtant une distinction à faire, car encore que les dettes de la succession beneficiaire soient attachées aux biens de la même succession, & par consequent ne soient pas à la charge de ceux des heritiers de l'heritier beneficiaire, qui sont d'une autre ligne & que l'émolument de la succession beneficiaire ne regarde point; neanmoins si l'heritier beneficiaire avoit degradé, s'il avoit consommé des biens de la succession beneficiaire, les dommages & interests seroient à la charge de tous ses heritiers indistinctement, parce qu'ils seroient sa dette particuliere, & non celle du premier decedé, dont il estoit l'heritier beneficiaire.

C'est pourquoy cette question paroît plus difficile qu'elle n'est en effet: car les heritiers paternels & maternels n'ont que la même obligation, qui est de répondre du reliqua, & les uns ni les autres ne sont tenus sur leurs propres biens, sinon pour le même reliqua, aussi ils y contribuent comme à toute autre dette. Ainsi cette question se termine à distinguer les dettes de la succession beneficiaire d'avec le reliqua de l'heritier: les heritiers maternels ne contribuëront point sur leurs propres biens aux dettes de la succession beneficiaire, aussi les paternels n'y contribuent pas non plus; mais les uns & les autres contribuëront au reliqua, quoique les biens immeubles n'auroient profité qu'aux seuls heritiers paternels, comme au cas d'une acceptation de communauté; mais il y aura cette difference qu'on n'épuise pas la communauté pour payer les dettes d'un des communs, parce qu'il en estoit tenu personnellement, au lieu qu'on épuise en cette espece les biens de la succession beneficiaire, la dette estant réelle & attachée aux biens de la succession beneficiaire, & qu'aprés qu'ils seront consommez, tous les heritiers contribuëront au reliqua *pro modo emolumenti*, dans la succession de celuy *de cujus*, ce reliqua estant consideré alors comme toute autre dette.]

La question de sçavoir si l'heritier beneficiaire, comme dérempteur des biens de la succession estoit sujet à l'action hypotequaire, a fait autrefois la matiere d'une fameuse controverse. Et la raison de douter estoit que l'art. 333. de la Coutume de Paris, soumet l'heritier détempteur des immeubles de la succession à cette action, sans distinguer l'heritier pur & simple d'avec l'heritier beneficiaire. Sur ce fondement l'ancien usage du Chastelet estoit d'assujettir l'heritier beneficiaire possesseur d'immeubles à cette action, & de l'obliger, quoiqu'il ne fût qu'heritier en partie, de payer le total de la dette sauf son recours, ou de délaisser par hypoteque les immeubles de la succession; ce qui a esté observé jusques à ce que Maistre René Chopin ayant esté chargé de l'appel d'une Sentence, qui avoit suivi cet usage, il en plaida la cause solemnellement, & par Arrest du 5. Juin 1592. qui est par luy rappor-

69 Si l'heritier beneficiaire est sujet à l'action hypotequaire.

té en son Commentaire sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 22. & 23. il fut dit, qu'il avoit esté mal jugé, & permis aux heritiers beneficiaires de retenir ce qu'ils possédoient chacun en leur particulier des biens de la succession sans estre tenus de les déguerpir, sauf aux creanciers hypotequaires de faire saisir réellement les mêmes biens, & que l'Arrest seroit lû & publié au Châtelet. Et la raison de cet Arrest fut, que pour estre sujet à l'action hypotequaire il faut estre détempteur & proprietaire. Ainsi le fermier, le Commissaire de la chose saisie, & le Curateur aux biens vacans n'y sont point sujets. Or on ne jugea pas que l'heritier beneficiaire fût veritable détempteur ni proprietaire, mais on crut qu'il tenoit plus du Curateur de la succession vacante, parce qu'il doit un compte aux creanciers des biens & des revenus de la succession. Aussi la Coutume de Paris les compare souvent l'un à l'autre, comme il se voit en l'art. 151. où décidant que l'heritage ajugé sur un Curateur aux biens vacans, ou sur un heritier par benefice d'inventaire, est sujet à retrait, elle semble insinuer, que les biens immeubles doivent estre vendus par l'un & l'autre, par decret & non autrement. Ce que la Coutume d'Orleans, qui a esté reformée posterieurement à celle de Paris, a précisément ordonné en l'art. 343. & ce qui s'observe encore en l'art. 344. de la même Coutume de Paris, où elle prescrit des formalitez particulieres à l'heritier beneficiaire, & au Curateur aux biens vacans d'un défunt, pour la vente de ses meubles. Et l'on a inferé de ces articles que l'heritier beneficiaire approchant plus du Curateur aux biens vacans que de l'heritier pur & simple ou du détempteur & proprietaire, il n'estoit point sujet à l'action hypotequaire, & qu'ainsi l'art. 333. ne se devoit entendre que de l'heritier pur & simple. Outre que l'on a consideré que ce seroit renverser toute la conduite qui se doit garder dans le benefice d'inventaire qui doit naturellement se consommer par un decret, un ordre & un compte exact, que d'obliger l'heritier beneficiaire de payer un creancier; ou de délaisser par hypoteque les immeubles de la succession. Et j'estime que ce n'a pas esté là le moindre motif de cet Arrest. Car au fond l'heritier beneficiaire est un veritable heritier & n'est point un simple Curateur aux biens vacans. Mais comme en toute occasion la Coutume le compare au Curateur aux biens vacans, il doit observer les formalitez, ausquelles un Curateur aux biens vacans est astreint, pour ne vendre les immeubles que par decret suivant la Coutume d'Orleans; & d'un autre côté il ne peut estre poursuivi personnellement, ni de l'action mixte sur ses propres biens, & ne peut estre condamné de payer les dettes ou de déguerpir, mais bien de vendre solemnellement, & de rendre compte.

Que les dispositions des Coutumes, qui reglent le payement des dettes, ne font point obstacle aux privileges de l'inventaire.

Il faut donc conclure que les dispositions particulieres des Coutumes, qui reglent la maniere du payement des dettes, ne font point d'obstacle aux privileges de l'inventaire : & que si une Coutume dit, que le détempteur des immeubles d'une succession est tenu personnellement de payer les rentes, comme celle de Paris, articles 99. 100. 101. il ne s'ensuit pas qu'un heritier beneficiaire dans cette Coutume perde le privilege dont nous parlons, de n'estre pas tenu personnellement sur ses propres biens. De même, si une autre Coutume établit que celuy à qui appartiennent les meubles de la succession, est tenu de toutes les dettes personnelles & mobilieres, comme les Coutumes du Maine & d'Anjou, cette disposition ne déroge pas non plus au privilege du benefice d'inventaire, & ne fait pas que l'heritier beneficiaire soit responsable des dettes audelà des forces de la succession, toutes ces dispositions de Coutumes ne concernant que l'heritier pur & simple.

20. S'il faut distinguer les jouïssances pour les hypoteques des dégradations, lorsque plusieurs heritiers beneficiaires se succedent les uns aux autres & administrent mal.

J'ay vû proposer une autre question, de sçavoir si un heritier beneficiaire ayant dissipé, l'heritier de celui-cy ayant aussi dissipé ou degradé les biens de la succession, en ce cas, il faut distinguer les joüissances quand il s'agit de l'hypoteque qu'ont les creanciers de la succession sur les biens du premier heritier, & dire que pour les alienations & les dégradations faites par ce premier heritier, ils ont hypoteque du jour de l'acceptation par luy faite de la succession beneficiaire, mais que pour les dissipations & dégradations faites par le second heritier, ils n'ont hypoteque sur les biens du premier que du jour que le second s'est porté heritier du premier; ensorte que les creanciers particuliers du premier heritier leur soient préferez.

Raisons pour la distinction des jouissances.

L'on dit pour montrer qu'il faut distinguer les joüissances que l'heritier beneficiaire est un veritable Commissaire & un Curateur aux biens vacans, qui doit rendre compte de sa gestion seulement, ou que si on le considere comme un heritier, parce qu'effectivement il peut aliener, & profite de ce qui reste de biens, les dettes payées, c'est un heritier qui delibere perpetuellement & qui doit rendre compte de ce qu'il fait pendant qu'il delibere, & est obligé par consequent de bien gouverner & administrer les biens de la succession, mais qui ne répond pas du surplus ni de l'administration d'un second heritier. Que si l'opinion contraire avoit lieu, l'on feroit d'un heritier beneficiaire un heritier pur & simple; car l'on détruiroit le privilege qu'il a de n'estre point tenu sur ses propres biens. *nihil ex sua substantia penitus amittant*, en ce que l'heritier ayant bien administré les effets de la succession de son vivant, ses biens répondroient neanmoins de la gestion, & de l'administration d'autruy au préjudice de ses creanciers particuliers. Qu'il en est de même icy que d'un tuteur, dont la charge estant finie par sa mort, si son heritier la continuë & exerce la protutelle, il est dû deux comptes, & il y a deux hypoteques differentes.

Raisons contre la distinction des jouissances.

D'autre côté, il semble que du moment qu'un heritier beneficiaire accepte la succession en Justice, il a contracté avec les creanciers, & leur a promis qu'il leur procurera leur payement sur les effets de la succession, & qu'il n'y sera apporté aucun obstacle ni de sa part, ni de celle de ses heritiers, *per se heredemque suum habere licere*. C'est pour cela qu'il a donné caution, & il le faut considerer comme un fermier qui ayant un bail de neuf ans, meurt au bout de trois ou quatre ans; car encore qu'il ait toujours bien payé, & qu'il n'ait jamais fait aucunes dégradations, neanmoins il est constant que si son heritier ne continuë pas de payer ou s'il degrade son heritage, le proprietaire aura son hypoteque sur les biens même du premier fermier du jour du bail pour les fermages échûs depuis son decés, & pour les degradations faites par son heritier. Et ce qui montre ici qu'il ne faut point distinguer les joüissances, mais que toutes les degradations ont une même hypoteque sur les biens du premier heri-

tier, c'est qu'il n'est point vray de dire, que le premier & second heritier soient deux heritiers differens. Aussi ne reïtere-t-on point pour le second les formalitez du benefice d'inventaire, par rapport à cette premiere succession. On ne l'oblige point de donner de nouvelles cautions. Ce qu'on ne manqueroit pas de faire, si les biens du premier heritier n'estoient obligez du même temps, pour ce qui concerne ses joüissances, & celles du second heritier. En effet, toute l'operation du benefice d'inventaire consiste à discuter les biens, à payer les creanciers, ou à leur rendre compte, & celuy qui embrasse cette charge, s'oblige à toutes ces choses, comme un fermier à une juste exploitation pendant un certain temps: Que s'il decede au milieu de cette entreprise, son heritier acheve ce qu'il a commencé, non comme heritier immediat de celuy des biens duquel il s'agit; mais comme l'heritier de son heritier, comme estant tenu de ses faits & promesses; & pouvant estre obligé en cette qualité d'achever la discussion; ou de renoncer & de rendre compte: car cette continuation de discussion est de necessité à l'égard de ce second heritier; au lieu que lors de l'écheance de la premiere succession, il estoit en la liberté du premier d'accepter la succession, ou d'y renoncer: ce qui montre qu'il acheve la charge du premier heritier, & qu'il accomplit ses devoirs, comme l'heritier d'un fermier qui acheve l'exploitation du bail. En effet, l'on n'a point encore prétendu jusqu'à present, que la mort de l'heritier beneficiaire finît ses obligations, les deux joüissances ne sont donc qu'une, & les actions qui en resultent, n'ont qu'une même hypoteque.

Enfin, il n'y a rien dans cette derniere opinion qui soit contraire à la nature du benefice d'inventaire, & au privilege de n'estre point tenu audelà des forces de la succession, & de ne pouvoir estre poursuivi en ses propres biens, comme ce même privilege qui reside en la personne d'un donataire ou d'un legataire universel ne seroit pas violé, si un creancier de la succession prétendoit hypoteque sur ses biens, du jour de la condamnation intervenuë contre luy; quoique son heritier eût dissipé une partie des effets contenus en la donation; & quand on donne hypoteque sur les biens du premier heritier du jour de son addition ou de l'enterinement de ses Lettres, non seulement pour les degradations faites par luy-même; mais encore pour celles faites par son heritier, les biens de ce premier heritier ne souffrent de diminution, qu'à proportion de ce que ceux du défunt en ont souffert: ainsi cela est toûjours limité aux termes de la Loy *Scimus* derniere *C. de jure delib.*

Il semble même que ce qui a esté établi par la derniere Jurisprudence des Arrests, & entr'autres par un du 7 Septembre 1675. rendu au rapport de Monsieur le Boux, qu'il y a hypoteque sur les biens propres de l'heritier beneficiaire, pour les degradations par luy faites, du jour de l'acceptation de la succession beneficiaire, & non pas seulement du jour de la condamnation; comme il avoit esté jugé par la Sentence arbitrale, renduë par Maistre Gaumont, dont cet Arrest a jugé l'appel, autorise encore cette derniere opinion. Car l'on juge par cette Jurisprudence, que l'heritier beneficiaire a contracté avec les creanciers de la succession, du jour qu'il a accepté en jugement: ce qui marque que ce n'est point sa gestion particuliere qui affecte ses biens, mais bien l'obligation qu'il est censé contracter avec les creanciers, au moment de sa possession, d'user des biens de la succession en bon pere de famille, de la discuter & de payer les dettes, ou de rendre un compte, à laquelle obligation par consequent son heritier succede quand il ne l'a pas accomplie, le tout sous une même datte d'hypoteque, sans cela l'on ne se seroit pas éloigné par cet Arrest de la maxime qu'il n'y a hypoteque sur les biens particuliers de l'heritier, que du jour de la condamnation obtenuë, & que les titres des creanciers ont esté declarez executoires contre luy.

L'on propose une question approchante, de sçavoir si deux heritiers beneficiaires ayant eu des joüissances inégales; l'un, par exemple, s'estant chargé de l'exploitation des biens d'Anjou, qui composent la meilleure partie de la succession, l'autre des biens de Paris qui sont les moins considerables, le tout sans en faire aucun acte de division de regie, & venant à renoncer tous deux à la succession beneficiaire, ils doivent seulement rendre compte, & sont seulement garans de la joüissance qu'ils ont euë chacun en particulier, ensorte que la caution de celuy qui a regi les biens d'Anjou, estant insuffisante pour son reliqua, l'on ne puisse exiger de son coheritier l'excedant; ou s'ils sont chacun tenus pour moitié des fruits & revenus de la succession beneficiaire.

Si deux heritiers ayant eu une joüissance inégale, ils doivent compter neanmoins chacun de la moitié des fruits & revenus.

La raison de douter est, qu'au moyen de la renonciation, laquelle a un effet retroactif au jour du decés, ces deux personnes cessent d'estre heritiers, & ne doivent plus qu'un simple compte, comme des curateurs ou commissaires, qu'ainsi elles ne sont obligées de compter chacune en particulier, que de leur gestion, sans que l'une puisse estre tenuë du fait de l'autre, & que l'on puisse leur imputer une joüissance indivise, qu'elles auroient pû avoir chacune pour moitié, si les biens s'y estoient trouvez disposez. Cet effet de la renonciation de l'heritier beneficiaire paroist en ce que dés que l'heritier a renoncé, il peut retirer par retrait lignager l'heritage qui a esté vendu sur luy en qualité d'heritier beneficiaire, comme il sera expliqué au nomb. 71.

Les raisons de décider le contraire sont, qu'au moment du decés, chacun de ces deux heritiers a esté saisi de sa part afferante, c'est à dire, de sa moitié dans la succession, qu'en cette qualité d'heritiers chacun pour moitié, ils sont entrez en possession des biens, comme auroient pû faire des heritiers purs & simples, avec cette seule difference, qu'ils ne devoient point estre tenus audelà des forces de la succession; mais autre chose est de dire, qu'on ne soit pas tenu audelà de la valeur des biens, autre chose que l'on ne soit pas saisi de sa part afferante, & tout au contraire, les forces de la succession, pour chacun de ces heritiers, sont la valeur de la moitié des biens, dont ils doivent rendre compte, aussi bien que des joüissances, aux creanciers de la succession. Leur part afferante regle leur compte; & comme ils sont entrez en possession en qualité d'heritiers chacun pour moitié, ils doivent aussi compter des biens & des revenus chacun pour moitié. Leur renonciation ne les en peut pas dispenser, ni faire de deux heritiers, deux curateurs & deux commissaires. Et quand on dit que la renonciation a un effet retroactif au jour du decés, cela s'entend principalement de celle qui se fait avant l'immixtion, & non de celle qui vient aprés une longue joüissance des biens de la succession. Que si l'on a permis à l'heritier beneficiaire de renoncer en cet état, ç'a esté à la charge qu'il rendroit compte, & bien entendu que

ce seroit en la qualité & en la maniere qu'il a joüi, ou dû joüir. L'on ne peut pas dire que la renonciation efface la qualité d'heritiers pour moitié, en laquelle chacun de ces deux heritiers a commencé sa joüissance: car outre que c'est une maxime, que *qui semel heres est, nunquam desinit esse heres*, & que quelque vertu que l'on donne à la renonciation de nos heritiers beneficiaires, il leur reste toûjours une impression d'heritiers, il est constant que leur renonciation n'a effet qu'aprés leur compte, & le payement de leur reliqua, jusque-là ils sont heritiers formels. Enfin, dans ces matieres, l'on ne considere pas tant la possession, que le titre en vertu duquel l'heritier beneficiaire est entré en possession. Et c'est pour cela, que quand il s'agit de l'hypoteque des degradations, l'on juge qu'elle a lieu du jour de l'addition de l'heritier, comme il vient d'estre dit: ainsi sans considerer la maniere dont les heritiers ont joüi actuellement, l'on a seulement égard, qu'ils estoient heritiers chacun pour moitié, & le pact verbal ou par écrit qu'ils ont pû faire, de joüir d'une certaine maniere, ne concerne point les creanciers de la succession, qui ont droit de leur faire rendre compte chacun pour leur part afferante, de même qu'ils ont droit de poursuivre deux heritiers purs & simples, de differens genres de biens pour leurs parts afferantes des dettes de la succession, nonobstant que l'équité ait établi un autre partage entr'eux, lorsqu'ils succedent à divers titres, qui est le partage à proportion de l'émolument. D'autant plus, que ces heritiers ont dû veiller l'un sur l'autre, & s'attendre de répondre chacun de leurs parts des fruits, même de leur défaut de joüissance, en cas qu'ils laissassent degrader les biens, ou prescrire les dettes actives.

71. S'il est permis à l'heritier beneficiaire de venir contre le fait du défunt.

Il reste une question importante, où l'on verra les derniers traits du benefice d'inventaire, afin de s'en bien imprimer l'image & le caractere, c'est de sçavoir s'il est permis à l'heritier beneficiaire de venir contre le fait du défunt, par exemple, au cas que son propre heritage eût esté vendu par le défunt, s'il luy est permis de le revendiquer des mains du tiers détempteur? Car à l'égard d'un heritier pur & simple, on ne doute pas que l'action en revendication ne fût confuse en sa personne, à proportion de la part dont il est heritier, suivant ce qui est décidé en la Loy *Cum à matre C. de rei vendicat.* à l'égard d'un fils heritier de sa mere, qui avoit vendu indûëment l'heritage de ce fils, en la Loy *Cum vir de usurpa. ff. & usucap.* & en la Loy 149. *de reg. jur.* & même qu'il n'y eût confusion pour le tout en sa personne, lorsque n'estant heritier qu'en partie, il est possesseur d'immeubles, ce qu'il faut entendre, au respect d'un tiers détempteur, & non par rapport à ses coheritiers.

Qu'il peut revendiquer le total de l'heritage.

D'un côté l'on dit qu'un heritier par benefice d'inventaire, peut venir contre le fait du défunt, parce qu'il ne semble pas estre un veritable heritier, suivant la Loy derniere *C. de jure delib. §. 12.* où l'empereur dit, que si l'heritier manque de se précautionner d'un inventaire, il demeurera heritier, *tunc ex eo ipso quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnino intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur.* D'où l'on peut conclure, qu'il n'est pas un veritable heritier, lorsqu'il fait inventaire, & lorsqu'il s'exempte d'estre tenu audelà des forces de la succession.

En second lieu, la Loy voulant que l'heritier qui fait inventaire soit indemnisé, *& nihil ex sua substantia penitus amittant, ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant*, il semble que pour l'indemniser entierement, il faut luy permettre d'évincer ceux qui ont acheté son propre bien, d'autant plus que l'action qu'il a contre le défunt ne peut estre confuse par sa qualité d'heritier, qui semble à plus forte raison ne point faire d'obstacle à sa revendication contre le tiers détempteur. C'est le sentiment de Despeisses des successions *ab intestat*, part. 3. sect. 2. nomb. 16. où il dit, que l'heritier beneficiaire peut revoquer les alienations que le défunt avoit faites, au préjudice d'un fideicommis, dont il estoit chargé en sa faveur.

Qu'il ne peut pas revendiquer le total.

D'autre part, l'on soûtient que l'heritier beneficiaire confond les actions réelles & personnelles à proportion de ce qu'il est heritier, & c'est le sentiment de Faber, sur le Code *lib. 2. tit. 4. decis. 14.* Peregrinus *de fideic. art. 33.* mais quelques-uns, & entr'autres Barri, *de success. lib. 11. tit. 9. n. 14.* apportent ce temperamment, qu'au lieu que l'heritier pur & simple confond ses actions pour telle part & portion qu'il est heritier, & que l'on considere en cela la quotité, ensorte qu'un heritier simple pour une quatriéme partie, confond la quatriéme partie de son action, quoique cette quatriéme partie vaille beaucoup plus que ce que luy produit son quart dans la succession. Au contraire, l'heritier beneficiaire ne confond le quart de sa créance & de son action, qu'en cas que le quart de la succession égale ou excede la valeur du quart de son action, parce qu'à l'égard d'un heritier beneficiaire l'on considere l'effet & le profit, & non pas le vain titre d'heritier, *quando inventarium confectum est, utilitatem tantum attendimus & effectum, non nudum nomen heredis.* Ainsi ils veulent que l'heritier beneficiaire confonde à proportion de la quotité, dont il est heritier, lorsqu'il trouve du profit dans sa part afferante de la succession pour le recompenser, & que quand il n'y a pas dans la succession dequoy le recompenser de la confusion, par exemple, si son quart dans la succession ne vaut que mille écus, & qu'il revendique un heritage de valeur de quinze mille livres, au lieu du quart de quinze mille liv. qui monte à trois mille sept cens cinquante livres, il ne confondra que mille écus.

Resolution qu'il peut revendiquer le total de l'heritage.

Mais l'on doit dire indéfiniment que l'heritier beneficiaire peut revendiquer, en ce cas, l'heritage en son entier, sans qu'on luy puisse objecter la confusion ni du tout, supposé qu'il soit seul heritier, ni d'un partie, supposé qu'il ait des coheritiers. Car, comme il a esté dit cy-dessus, que l'heritier beneficiaire ne confond point les créances qu'il avoit sur le défunt, aussi il ne confond point ses actions réelles, soit d'hypoteque, soit de revendication. Mais comme d'un côté il est en possession des biens, & que de l'autre le tiers détempteur, aussi-tôt qu'il est poursuivi pour le desistement, devient creancier de la succession pour sa garantie, & a droit de faire rendre compte à l'heritier beneficiaire, ce tiers détempteur ne doit pas estre dépossedé pendant l'instance de compte, & l'heritier ne doit point avoir une double provision. Et comme il a esté dit cy-dessus, que

que l'heritier beneficiaire par le seul effet de son benefice d'inventaire, éviroit la confusion sans estre tenu de renoncer: parce qu'il auroit toujours un sujet raisonnable de differer sa renonciation, la succession pouvant recevoir de l'augmentation par cent évenemens imprevûs, il en faut dire autant de l'action réelle qu'il executera aprés avoir rendu compte, sans rien confondre, & sans estre obligé de renoncer, sauf au détempteur à se pourvoir de nouveau contre l'heritier beneficiaire, dés qu'il luy surviendra quelque profit & quelque nouvel émolument. Car, comme dit Michel Grassus, *lib. 2. art. inventarium hered. qu. 21.* il ne faut pas s'imaginer que le benefice d'inventaire soit une herbe qui guerisse de tous maux, ***nam beneficium inventarii non est herba betonica, qua prosit ad omnia***, & tant qu'il y a de l'émolument l'heritier est obligé de payer les dettes. C'est ce que dit aussi Alexandre livre 6. de ses Conseils, cons. 3. nomb. 7.

72. Si l'heritier beneficiaire peut exercer le retrait lignager d'un bien propre vendu par le défunt, ou sur luy même. L'heritier beneficiaire peut encore retirer par retrait lignager l'heritage vendu par le défunt qui est de son côté & ligne, puisque cela est bien permis à l'heritier pur & simple par l'article 142. de la Coutume de Paris, mais les Arrests ont jugé qu'il ne pouvoit pas retirer l'heritage du défunt vendu sur luy-même, comme heritier beneficiaire. Et il y en a entre les autres un du 7. May 1609. rapporté par Monsieur Bouguier en la lettre R. nomb. 16. Ce qui se doit entendre de l'heritier beneficiaire qui ne renonce point. Car j'estime qu'aprés sa renonciation, il peut retirer l'heritage qui avoit esté vendu sur luy, pendant qu'il estoit heritier. Et c'est assurément l'explication qu'il faut donner à un autre Arrest dont Monsieur Bouguier fait mention en un autre endroit, qui jugea que la Damoiselle de Cheselles estoit recevable à retirer par retrait lignager la Terre de Grisolle, qui avoit esté venduë sur elle, comme heritiere beneficiaire de son frere, ce qu'elle avoit fait apparemment aprés avoir renoncé à la succession beneficiaire. En effet, quand l'heritier beneficiaire a une fois renoncé, ce qui s'est fait auparavant avec luy, est reputé avoir esté fait avec un curateur à la succession vacante, & déslors le retrait est ouvert à tous les parens du côté & ligne, & à luy-même: parce qu'il n'a plus de qualité qui luy fasse obstacle, suivant l'art. 151. de la Coutume de Paris. Et si les heritiers simples du vendeur peuvent bien retirer l'heritage par luy vendu, selon l'art. 142. de la même Coutume, à plus forte raison l'heritier beneficiaire qui a renoncé, & qui n'est plus reputé vendeur de l'heritage, lequel est censé à l'avenir avoir esté vendu par la succession. Enfin pour confirmer nôtre proposition, il faut convenir que par le moyen de cette renonciation l'heritage est reputé n'avoir jamais appartenu à l'heritier beneficiaire, & que le degré suivant en est reputé saisi du jour du decés, supposé qu'il accepte la succession, quoique Maître Julien Brodeau soit de contraire avis sur l'article 151. de la Coutume de Paris, nombre 4.

73. De celuy qui se contente de faire inventaire, & ne prend pas des Lettres dans l'an. Il faut observer que dans le païs coutumier ce sont deux choses bien differentes que de faire inventaire; ou se porter heritier par benefice d'inventaire. Et celuy qui fait inventaire & laisse passer l'année sans obtenir des Lettres, est tenu à la rigueur de payer les dettes indistinctement & au delà des forces de la succession. On le releve neanmoins de son addition, quoique fort rarement & dans les cas seulement qu'il survient des dettes qu'il ne pouvoit pas prévoir, & que sa bonne foy est tout à fait averée; mais celuy qui n'a point fait d'inventaire ne doit jamais estre relevé de s'estre porté heritier, & il est tenu de payer les legs & les dettes sans pouvoir demander sa falcidie, & sans pouvoir exciper qu'il a payé des dettes à proportion de ce qu'il y a de biens dans la succession. *Auth. de hered. & falcid. cap. 2. §. 2. L. Scimus §. Etsi prafatam C. de jure delib.* parce qu'il est présumé avoir recelé les effets de la succession, déslors qu'il n'a pas voulu se disculper par un inventaire. Et Monsieur le President Evrard en son Traité *Loci arg. legal. in loco à verisimil.* dit, que cette présomption *est juris & de jure*, c'est à dire, que non seulement c'est une présomption de la Loy; mais que cette présomption est si forte, que l'on ne reçoit point la preuve du contraire: je ne serois pourtant pas de cet avis. Les Lettres de benefice d'inventaire portent ordinairement cette clause, *pourvû que l'exposant ne se soit immiscé esdits biens, ni d'iceux apprehendé aucune chose comme heritier simple.*

74. De celuy qui ne fait pas même inventaire.

Que si un testateur charge son heritier présomptif, qui est un de ses descendans, de legs considerables, c'est une question que de sçavoir si le défaut d'inventaire doit empêcher cet heritier de prendre sa legitime sur les legs, dont il est ainsi chargé par le testament? 75. Si le défaut d'inventaire empêche l'heritier de demander la distraction de sa legitime.

Raisons contre le legitimaire.

Et il semble qu'à la rigueur & selon le texte de la Loy, il ne peut pas retenir sa legitime. Car la Loy *Scimus* comprend aussibien l'heritier *ab intestat*, que l'heritier testamentaire: & il est dit, au §. 1. *cum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento, sive ab intestato sit delata*, ainsi estant permis de faire des legs sans faire d'institution, & de les laisser à prendre par les mains de l'heritier *ab intestat*, rien n'empêche d'appliquer à l'heritier *ab intestat*, qui aprés s'estre mis en possession des biens de la succession, sans compte ni mesure, trouve un testament qui le charge ainsi, les termes du §. 14. de cette même Loy. ***Si quis autem temerario proposito inventarium minimè conscripserit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis falcidiæ beneficio minimè utatur:*** c'est-à-dire, qu'il semble que selon l'esprit de la Loy il doive dans nôtre usage estre privé du retranchement, qu'il auroit pû prétendre de sa legitime sur de pareilles dispositions s'il avoit esté plus exact, & s'il avoit fait inventaire, & c'est le sentiment d'Oldrade qu. 134. & de Balde sur la Loy finale *C. de jure delib.* d'autant plus que l'heritier est présumé avoir fait sa main, & s'estre payé luy-même de sa legitime dans la confusion des choses, ***multa malignatus præsumitur, multa subtraxisse ex quibus sibi solvisse credendus est. Nov. de hered. & falcid.*** Ce qui se trouve même avoir esté jugé par Arrest du 12. Decembre 1598. rapporté par Peleus en ses Act. for. liv. 3. art. 6. qui décida qu'un enfant qui n'avoit point fait inventaire, ne pouvoit distraire ni sa quarte Trebellianique, ni sa legitime, que cet Auteur accuse neanmoins d'un peu de rigueur, quant à l'article de la legitime.

Resolution pour le legitimaire

J'estime au contraire, qu'en ce cas, l'heritier *ab intestat* ne doit point perdre sa legitime, faute d'avoir fait inventaire: parce que si la Loy de Justinien semble rigoureuse sur le fait de la falcidie, comme elle est en effet, rien ne nous oblige de l'observer sur le fait de la legitime. Quelques Docteurs ont même soutenu que la Novelle *de hered. & falc. cap. 2.* ne privoit pas de sa falcidie

l'heritier qui ne songeoit point du tout à faire inventaire, mais seulement celuy qui ayant commencé d'en faire un, le laissoit imparfait entre lesquels est Michaël Grassus, *lib. 2. art. invent. hered. qu. 22.* parce que le chapitre 2. de l'Authentique *de hered. & falcid.* ne parle que de celuy qui ne fait pas l'inventaire selon les formes prescrites. Et quoique nous ayons cet ancien Arrest qui a exclu le fils de sa Trebellianique & de sa legitime, faute d'avoir fait inventaire, non seulement cette Jurisprudence ne s'est point confirmée; mais même elle a reçû atteinte, quant à ce qui concerne la Trebellianique, par un Arrest de l'année suivante & du 2. Janvier 1599. qui est rapporté par Bouchel en sa Bibliotheque du Droit François, sur le mot de *Trebell.* & depuis par un autre du 17. Mars 1612. qui est rapporté par Chenu Cent. 2. qu. 19. lesquels ont jugé que l'heritier ne laissoit pas de distraire sa Trebellianique, quoiqu'il n'ait pas fait inventaire: & cela parce que la Loy *Scimus* & l'Authentique *de hered. & falcid.* ne parlent point de cette quarte: Ce qui se juge ainsi dans le Parlement de Toulouse, au rapport de Monsieur d'Olive en ses questions not. liv. 5. chap. 26. & de Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 2. Et pour ce qui concerne la legitime, nous n'avons ni Ordonnance ni Coutume qui l'ôte à l'heritier, lequel neglige de faire inventaire, & nous ne tenons pas même que cette omission soit une présomption fort considerable de recelé, parce que la Loy Romaine dans toute la rigueur qu'elle observe à cet égard, en parle comme d'une legere présomption, *per ea quæ fortè subripiunt*, dit le chapitre 2. de l'Authentique *de hered. & falcid.* D'ailleurs, nous considerons qu'il y a une difference essentielle entre obliger un heritier de payer les dettes indistinctement; & luy faire perdre sa legitime: Et que si la Loy soumet l'heritier qui ne fait point faire d'inventaire, à payer indistinctement toutes les dettes, parce qu'il est aux droits du défunt, & le represente absolument, il ne s'ensuit pas qu'elle le prive de sa legitime, quand elle n'est point absorbée par les creanciers, qu'elle préfere l'interest des legataires à celuy des enfans, & une simple liberalité à une dette aussi naturelle & aussi juste que la legitime. Enfin, quand l'on conviendroit que l'heritier institué qui neglige de faire inventaire perd sa falcidie, il ne s'ensuivroit pas non plus qu'il devroit perdre sa legitime, qui est considerable dans sa succession, & qui l'est beaucoup plus que sa falcidie: Et c'est le sentiment d'Alexandre en son Conf. 67. livre 4. & de Maistre Charles du Molin sur le même Conseil de Guy Pape décis. 54. & de Menoch. livre 4. présompt. 101. nombre 60.

76. Arrest singulier pour la legitime coutumiere.

Il y a pourtant quelque Arrest qui a jugé la chose plus rigoureusement à l'égard de la legitime coutumiere des quatre quints des propres & qui a décidé, qu'un heritier qui s'estoit mis en possession des meubles sans faire inventaire, & en avoit joüi quatre ou cinq ans durant, ne pouvoit pas aprés cela opposer qu'un legs mobilier de 300. livres excedoit les meubles & acquests, & le quint des propres, & c'est l'espece de l'Arrest du 19. Decembre 1595. rapporté par Monsieur Loüet lettre I. nomb. 7. Mais outre que l'on pourroit établir quelque difference à cet égard entre la legitime coutumiere, qui consiste dans les quatre quints, ou autre quotité des propres, que la Coutume oblige de reserver, laquelle legitime ne concerne principalement que les collateraux, & la legitime de droit qui concerne les enfans, il est constant que cet Arrest fut rendu sur des circonstances particulieres, qui estoient la modicité du legs, & le long-temps qui s'estoit écoulé depuis le decés. Car dans la these generale il faudroit répondre la même chose pour les deux legitimes. L'heritier des propres seulement n'est point obligé regulierement de faire inventaire, non pas même pour avoir la reduction aux quatre quints: parce que l'inventaire ne se fait principalement que pour les meubles, & il est déja certain que l'heritier des meubles, ni le legataire universel ne luy pourroient pas objecter cette omission d'une formalité à laquelle ils sont eux-mêmes obligez, & quant aux legataires particuliers, ils ne peuvent imputer ce défaut qu'à l'heritier des meubles, ou au legataire universel.

L'on a demandé si l'heritier grévé, qui n'a point fait d'inventaire, peut, en restituant les biens de la succession en déduire la moitié qui luy a esté donnée par donation entre-vifs, avec reserve d'usufruit. Car d'un côté l'on dit, qu'il n'est chargé de rendre que ce qu'il y a de biens en la succession: Or les biens déja donnez ne sont plus de la succession, D'autre part l'on dit, que l'heritier gréve qui n'a point fait d'inventaire est reputé s'estre payé par ses mains, à l'exemple du tuteur qui perd sa creance faute d'avoir fait inventaire, & que d'ailleurs sa donation est confuse en sa personne en qualité d heritier, parce qu'il n'y a que le benefice d'inventaire qui fasse éviter cette confusion suivant le §. 9. de la Loy *Scimus C. de jure delib.* pour moy j'estime que l'heritier grévé ne confond point ses propres creances, faute d'avoir fait inventaire, & encore moins une donation entre-vifs, qui est déja reputée distraite de la succession par le moyen de la tradition: parce qu'il ne faut rien ajoûter à la Loy qui a établi les peines de l'omission de l'inventaire, & qui ne comprend que les dettes & les legs particuliers, en obligeant l'heritier, qui n'a pas fait d'inventaire, de payer indistinctement les dettes & le privant de sa falcidie, ce qui ne donne point d'atteinte à ses propres creances sur la succession, pour lesquelles il a son exception à l'effet de déduire ce qui luy est dû sur ce qu'il est obligé de restituer. En effet, dans le droit l'on ne pouvoit pas obliger l'heritier qui estoit chargé de restituer, de se porter heritier, qu'il n'eût esté payé de ce qui luy estoit dû. Que s'il s'estoit porté heritier sans avoir exigé sa creance, en ce cas, l'action personnelle estoit à la verité confuse en sa personne; mais l'action réelle pour la poursuite du gage & l'exception pour le conserver ne luy estoient point ôtées par cette confusion de l'obligation personnelle, selon la Loy *Debitor 59. ff. ad Trebell.* Il en faut dire autant de la donation de la moitié des biens, que l'on suppose en cette espece que le testateur avoit fait à l'heritier institué avec reserve d'usufruit: Aussi cette question s'estant presentée au Parlement de Chambery, l'on y jugea conformément à cette opinion, selon le rapport d'Antonius Faber en son Code, livre 6. titre 11. définition 44. Voyez Matth. de Affl. *décis. 237.*

77. Si le donataire de la moitié des biens, avec reserve d'usufruit, estant depuis institué heritier avec charge de fideicommis, faute d'avoir fait inventaire, est exclus de pouvoir retenir sa donation, en s'acquittant du fideicommis.

Il y a eu de nos Auteurs qui ont prétendu, que quand le mari, à qui il vient une succession directe pendant le mariage, neglige de faire inventaire aprés son decés, sa veuve dans le doüaire de laquelle il entre moitié des immeubles de cette succession n'est point obligée de diminuer son doüaire pour les dettes de cette succession, & principalement pour les mobiliaires: parce qu'il faut présumer contre le mari ou ses heritiers qu'il y avoit assez de meubles pour les acquitter: Mais je ne puis estre de cet avis, les dettes de la suc-

78. Si le mari n'ayant pas fait d'inventaire lors d'une succession directe qui luy est échuë, sa veuve s'en peut prevaloir pour avoir son

douaire sur les biens de cette succession, sans charge de dettes. cession directe, qui vient au mari pendant le mariage, la diminuant de plein droit, & par consequent diminuant aussi le douaire, & le défaut d'un inventaire, à la confection duquel la Coutume n'oblige point le mari dans ce cas particulier, ne devant pas changer cette regle.

79. Si les heritiers irréguliers sont tenus indistinctement des dettes, faute d'avoir fait inventaire. L'on peut encore demander si les heritiers irreguliers, qui n'obtiennent point de Lettres, & ne font point d'inventaire, sont tenus envers les creanciers, au-delà des forces de la succession: par exemple, le Seigneur Haut-Justicier qui succede par droit de desherence, le fisc qui succede par droit de confiscation, l'Abbé qui succede à son Religieux. Et il faut répondre qu'ils ne sont point obligez d'obtenir des Lettres; parce que leur titre contient une espece de benefice d'inventaire; puisqu'ils ne sont que des successeurs, & non point de veritables heritiers. Mais il y a des Auteurs qui prétendent qu'ils sont obligez de faire inventaire avant que de se mettre en possession des biens, sous peine d'estre tenus des dettes indistinctement. C'est ce que la Coutume de Poitou decide en l'art. 301. à l'égard du Seigneur Haut-Justicier, & Bacquet Traité du Droit de Desherence chapitre 3. nomb. 9. quoique Guy Pape soit d'avis contraire en sa qu. 333. & Michel Grassus §. *hereditas qu. 6.* Ce qui fait la difficulté, c'est qu'il n'y a que l'heritier qui est institué par la Loy domestique & le testament du défunt, c'est-à-dire, tout au plus le legataire universel, qui soit tenu indistinctement de toutes les obligations du défunt, qui represente parfaitement sa personne, en qui tous les droits du défunt actifs & passifs soient transmis, & qui contracte par son acceptation avec tous les creanciers, & tout autre successeur n'est tenu des dettes, qu'à cause des biens qu'il possede, lesquels elles diminuent, & par consequent n'est tenu qu'à proportion de ces mêmes biens. Ensorte que l'obligation cesse quand une fois les dettes équipolent aux biens; parce qu'il ne luy reste plus rien qui l'oblige. Et cette diminution qui se fait des biens par le moyen des dettes, allant jusques à la consommation des biens, il est vray de dire que le titre du fief & celuy du Seigneur Haut-Justicier est absolument aneanti. C'est pourquoy la Coutume du Comté de Haynaut, chap. 123. art. 4. dit, *tous Seigneurs apprehendans biens d'aubains, bâtards & serfs, seront sujets de payer leurs dettes à rate & proportion desdits biens.* La Coutume de Laon art. 87. dit la même chose. Il ne pourroit donc rester aprés cela que le soupçon de fraude, lequel resulte du défaut d'inventaire; mais ce soupçon est bien plus violent en la personne d'un heritier, qu'en la personne du simple successeur. Car l'heritier estant tenu indistinctement des dettes par son propre titre, & sçachant qu'il n'y a qu'un seul remede pour s'en exempter, qui est le benefice d'inventaire, quand il neglige ce moyen, il est bien plus suspect que celuy qui sçait, que par son titre il n'est obligé au payement des dettes, qu'à proportion des biens, & comme cette présomption de fraude est bien moins considerable en la personne du successeur des biens, qu'en la personne de l'heritier, il n'est pas juste que la Loy soit plus rigoureuse à son égard, & que ne punissant le défaut d'inventaire en la personne de l'heritier, qu'en luy refusant un privilege, & le laissant dans les obligations naturelles que son titre luy impose, au contraire, elle punisse le successeur des biens, par une peine expresse, & l'assujettisse à des obligations, ausquelles son titre ne le soumet point. D'autant plus que c'est le titre en vertu duquel on se met en possession des biens, & non cette possession même, qui assujettit aux dettes, selon l'art. 13. du tit. 123. de la Coutume du Comté de Haynaut.

Nonobstant tout cela, l'avis de Bacquet est le plus sûr & le plus juste. Et si l'heritier irregulier n'a pas besoin de Lettres de benefice d'inventaire, il ne peut point omettre de faire inventaire, sans s'exposer à payer les dettes indistinctement. La raison est, qu'il succede à toute sorte de biens, meubles ou immeubles, & qu'il represente en cela la personne du défunt, ce qui est déja constant à l'égard de l'Abbé, qui succede au pecule entier du Religieux, & pour le Seigneur Haut-Justicier, qui succede à titre de desherence, ou à titre de confiscation, il semble qu'il n'en est pas de même: car il ne succede pas à une universalité de biens, mais seulement aux biens meubles ou immeubles qui se trouvent dans son détroit: or il est certain que les biens d'une Province ne sont pas reputez une universalité de biens. Cependant il est d'une extrême consequence de l'assujettir à faire inventaire, sous peine d'estre tenu de toutes les dettes, car autrement le public en souffriroit; parce que quand on preste à quelqu'un, l'on ne va pas examiner s'il a des parens, ou si à faute d'en avoir, son bien doit tomber en desherence; l'on ne peut pas prévoir que les biens de son debiteur doivent estre confisquez dans la suite. On se contente d'avoir un debiteur solvable: que si le Seigneur Haut-Justicier peut s'emparer de ses meubles & de ses titres, sans en faire inventaire, il luy est aisé de frustrer les creanciers qui seroient beaucoup plus à plaindre, que ceux qui ont prêté à un Prieur Regulier, dont ils connoissoient l'état. D'ailleurs, les Seigneurs Hauts-Justiciers sont des heritiers partiaires, & ressemblent à ceux qui estant exclus des biens d'une Coutume, ou parce qu'elle n'admet pas la representation dont ils ont besoin, ou parce qu'elle exclut les filles dotées, ne laissent pas d'estre heritiers dans une autre Coutume, & obligez par consequent à faire inventaire. C'est pourquoi il faut s'attacher à la décision de l'art. 301. de la Coutume de Poitou, & à l'avis de Bacquet.

Pour ce qui est du conjoint, qui succede en vertu du titre *unde vir & uxor*, j'estime que non-seulement il doit faire inventaire, mais qu'estant un heritier plus regulier que ceux dont il vient d'estre parlé, il doit obtenir des Lettres de benefice d'inventaire, s'il veut s'exempter d'estre tenu des dettes au-delà des forces de la succession.

Enfin, quelques-uns ont prétendu que dans les successions des personnes rustiques, où il n'y avoit que quelques petits meubles, le défaut d'inventaire n'obligeroit pas non plus l'heritier naturel à payer les dettes indistinctement, & ç'a esté le sentiment de Bartole, sur la Loy *Mediterranea C. de ann. & trib.* & de Pyrrhus sur le chap. 18. de la Coutume d'Orleans: mais j'aurois peine à déferer à cet avis. Il y a l'Arrest de Tangis pour une renonciation à une communauté sans inventaire préalable, il n'y en a point pour les successions: ainsi il faut toûjours faire un mot de procés verbal, par lequel il paroisse qu'il n'y a rien. 80. S'il faut un inventaire, quand il n'y a rien à inventorier.

Cette présomption de fraude, qui resulte du défaut d'inventaire, n'a lieu qu'au respect des creanciers, & non pas entre coheritiers. Et Maître Charles du Molin en cite un exemple sur l'art. 16. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 14. où il suppose qu'un frere & une sœur soient heritiers d'un frere prédecedé, dont la succession consistant principalement en plusieurs fiefs, qui appartiennent au frere copartageant, à l'exclusion de la 81. Que la présomption de fraude qui resulte du défaut d'inventaire, n'a lieu entre coheritiers.

sœur, qui par consequent à tres-peu profité de cette succession, il survienne quantité de creanciers, qui se pourvoyent contre la sœur, & exigent d'elle le payement de leurs dettes, même au-delà de ce qu'elle a profité de la succession, parce qu'elle n'a point fait d'inventaire, & il dit que ce défaut d'inventaire qui l'engage indistinctement envers les creanciers, n'empêche pas son recours contre son frere, qui ne peut profiter d'aucuns biens de la succession, tandis qu'elle paye des dettes au-delà de ce qu'elle a profité.

82. Si elle a lieu entre un heritier & un legataire.

Comme aussi le défaut d'inventaire, qui, selon quelques-uns, empêche l'heritier de se tenir aux quatre quints, au cas qu'il se soit mis en possession des meubles, ne produit cet effet dans cette opinion, qu'en faveur des legataires particuliers, & non en faveur du legataire universel, qui n'étoit pas moins obligé que l'heritier, de faire inventaire. Outre que ce legataire universel n'a rien de certain, son droit consistant dans les meubles & acquests, & le quint des propres, qui se trouvent, les dettes déduites.

83. S'il faut inventaire, quand le défunt a fait cession.

L'on peut encore rapporter un autre exemple, dans lequel l'heritier, qui n'a point fait inventaire, n'est pas tenu au-delà des forces de la succession: c'est lorsque le défunt avoit fait cession de biens, & que l'heritier n'a pas laissé de se déclarer inconsiderément heritier: car si la cession estoit recente, elle répond de l'insolvabilité, & c'étoient les creanciers mêmes qui estoient obligez à faire inventaire. Aussi nous voyons qu'une femme, dont le mari a fait cession de biens, se peut faire separer de biens, sans enqueste préalable.

84. Si le pere ayant fait porter son fils mineur heritier, lequel s'est fait restituer en majorité, les creanciers peuvent avoir des dommages & interests contre le pere, sur ce qu'il a obmis de faire inventaire.

L'on demande si le pere ayant autorisé son fils mineur, pour se porter heritier, & n'ayant point fait d'inventaire, doit payer les dommages & interests aux creanciers, lorsque le fils se fait relever de cette addition, ou pour renoncer purement & simplement, ou pour se porter heritier beneficiaire? Et cette question dépend des circonstances qui pourroient estre telles, que y ayant de violens soupçons de fraude & de recelé, l'on rendroit le pere garant en son privé nom des dommages & interests resultans de la restitution de son fils, & on l'obligeroit luy-même à payer les dettes indistinctement. Car les privileges du mineur ne doivent pas servir de prétexte aux fraudes du pere, qui l'autorise: Et ce seroit en ce cas, que l'on pourroit appliquer la Loy derniere *§. ubi autem 6. C. de bonis quæ lib.* qui dit, *Ubi autem puerilis ætas patri licentiam præstat, etiam sine consensu filii, hereditatem nomine ejus adire, si dolo fecerit pater, damus quidem filio in integrum restitutionem, postquam patria fuerit potestate liberatus, vel adoleverit. patrem autem omnibus oneribus hereditariis, licet nomine filii adiit, modis omnibus alligamus: quare enim talem hereditatem adiit, quam nec ipse, nec nunc filius, idoneam sibi existimat?* Cette disposition n'estant pas seulement fondée sur la puissance paternelle; mais encore sur le dol du pere, & cette Loy posant pour condition que *dolo fecerit pater*; mais sans des circonstances de cette nature, le pere n'est point garant d'avoir fait porter son fils heritier, croyant que la succession estoit bonne, & les creanciers se doivent imputer de n'avoir pas fait apposer scellé, & de n'avoir pas provoqué l'inventaire.

85. Du compte du benefice d'inventaire.

Il reste de parler du compte de benefice d'inventaire, & il se rend aux creanciers, aux legataires & aux coheritiers, l'heritier y employe en recette les deniers trouvez sous le scellé, le prix de la vente des meubles, les fruits & revenus des immeubles, les dettes actives, dont il a reçû le payement & leurs interests: Et en dépense les frais de maladie, mais si ce sont des mineurs qui sont heritiers beneficiaires, le tuteur rendant compte pour eux de la succession beneficiaire, ne pourra pas coucher en ligne de compte les alimens qu'il leur a fournis, parce que la succession beneficiaire appartient aux creanciers, plustost qu'aux heritiers, & ceux-cy ne peuvent rien prétendre, qu'aprés les dettes payées: Ce que le Parlement de Bretagne a jugé en la Séance d'Aoust. 1612. comme le rapporte Frain tom. 2. pag. 136. Cependant le Parlement de Provence a decidé le contraire par l'Arrest du dernier Juin 1615. rapporté dans la suite de Boniface, tom. 3. liv. 1. tit. 24. chapitre 3. à cause de la bonne foy de l'heritier beneficiaire. Et il semble que l'usage du Parlement de Bretagne est plus regulier; puisque le bien de la succession beneficiaire est le bien des creanciers, & qu'un tuteur doit presenter requête pour avoir des alimens pour ses pupilles par maniere de provision, ce qu'on ne luy refuse pas ordinairement, comme il se voit dans Monsieur Loüet lettre A. nomb. 17. Mais il hazarde beaucoup quand il employe les revenus en alimens, sans l'avoir demandé avec les creanciers. L'heritier beneficiaire peut coucher en dépense les frais funeraires, du scellé, de l'inventaire & de la vente, ceux qu'il a faits pour l'exploitation des biens du défunt, les frais des procés, pourvû qu'il ne les ait pas entrepris ou défendus par une calomnie sensible, que ce ne soient pas des dépens de défauts qu'il ait laissé obtenir & qui doivent tomber sur luy personnellement, non sur la succession beneficiaire, ce qui se trouvoit vray-semblablement dans l'espece d'un Arrest rapporté sans datte par Peleus liv. 5. act. 10. & d'un du 6. Avril 1574. rapporté par Papon liv. 21. tit. 10. Arr. dernier, que ces frais n'ayent pas esté compensez avec les dettes passives, comme il arrive, lorsqu'il remporte des dépens contre un creancier de la succession, & qu'il n'ait pas fait ordonner non plus, comme il se pratique en pareille rencontre, qu'il luy demeurera entre les mains une somme de deniers pour employer aux frais des procés, auquel cas il doit compter de cette somme. Le Parlement de Toulouse a une Jurisprudence contraire, & ne donne point les frais des procés à l'heritier beneficiaire, comme il se voit dans la Rocheflavin, liv. 6. tit. 55. Arr. 2.

Il employe encore les dettes passives qu'il a acquittées, & generalement tout ce qu'il a employé aux affaires de la succession, *L. finali §. in computatione C. de jure delib.* le reliquà payé, si aucun y a, il est quitte de son benefice d'inventaire envers les interessez; suivant la Loy derniere *C. de jure delib. §. licentia*, parce qu'il ne devoit qu'un compte. Ensorte qu'à moins qu'il ne fasse une nouvelle recette, il est exempt de toute action personnelle, en renonçant & representant son compte.

L'on ne doit pas luy imputer dans le compte ni le mauvais succés des procés, qu'il a défendus de bonne foy, ni la perte des biens qu'il n'a pas pû sauver. On luy doit même pardonner de simples fautes qu'il a commises dans l'administration des biens, pourvû qu'il n'y entre pas de dol & de fraude, à l'exemple de ce qui est dit de l'heritier chargé de restituer, en la Loy *Mulier 22. §. sed enim ff. ad Trebell.* Mais si la negligence a esté jusques à laisser acquerir des prescriptions contre des droits de la succession qui luy estoient connus, il en doit répondre. En un mot, la conduite d'un bon pere de famille est la regle sur laquelle on doit juger de toutes ses démarches

Que s'il reste creancier de la succession pour ses avances, il doit estre privilegié sur les biens de la succession, comme nous avons dit au nomb. 20. à l'égard des frais des procés.

CHAPITRE V.

De la Representation.

SECTION I.

De la Representation en general.

SOMMAIRE.

1. *Definition de la representation & ses differences d'avec la transmission.*
2. *Si la representation a lieu dans les successions testamentaires.*
3. *Qu'il faut distinguer les fideicommis purs & simples d'avec les conditionnels.*
4. *Differens usages des Parlemens de Droit écrit, & du Parlement de Paris.*
5. *Dans les cas cy-dessus l'on se sert de la representation au défaut de la transmission, si le testateur a appellé les enfans en general, ou s'il a disposé par forme de partage.*
6. *Si la representation a lieu dans le retrait, quand la Coutume y appelle le plus proche lignager.*
7. *Si dans le doüaire.*
8. *Si dans la presentation à un Benefice.*
9. *Si elle a lieu dans l'emphyteose.*
10. *S'il faut estre heritier de celuy que l'on represente.*
11. *Decision de l'article 308. de la Coutume de Paris sur cette question.*
12. *Objection tirée de la Novelle 22. de Justinien chap. 21.*
13. *Réponse à cette objection.*
14. *Si l'on peut representer un homme vivant qui a renoncé. Renvoy.*
15. *Si en directe les enfans du renonçant viennent en égal degré.*
16. *Si en collaterale.*
17. Quid *si le pere est decedé sans avoir accepté ou renoncé. Renvoy.*
18. *Si l'on peut representer un incapable. Renvoy.*
19. *Quel partage la representation produit.*
20. Quid *en la Coutume de Valois, où la representation a lieu en collaterale jusque au quatriéme degré.*
21. *Si dans la Coutume de Bourbonnois il suffit d'estre dans les termes de representation pour venir par souches, même dans la collaterale en égal degré.*
22. *Que le partage par souches suit la representation en toute sorte de Coutumes.*
23. *Qu'il y a quelques cas où la representation & le partage par souches ne sont pas reciproques. Renvoy.*

1. Definition de la representation & ses differences d'avec la transmission. LA representation, selon la Novelle 18. est un droit, par lequel l'enfant succede au lieu de son pere, qui est decedé avant que la succession soit ouverte, & elle differe en cela de la transmission, que celle-cy n'a lieu qu'au cas que celuy qui est appellé, decede aprés la mort du testateur, mais avant que de s'estre porté heritier, & qu'au contraire la representation a lieu au cas que celuy qui devoit estre heritier, vienne à prédeceder. Ainsi la representation suppose une simple esperance, & la transmission suppose un droit qui est déja commencé à former. Celuy qui represente vient *jure suo*, & c'est pour cela qu'en Anjou & au Maine art. 256. & 274. de ces deux Coutumes, quand il s'agit de la tierce foy, l'hommage de celuy qui represente ne se compte que pour un seul hommage; au lieu que celuy en la personne duquel la succession se transmet, vient *jure alieno*. Aussi Maistre Charles du Molin; sur la Coutume de Paris, §. 53. gl. 2. qu. 31. nomb. 101. & 102. dit, que la transmission produit ordinairement un double relief. La transmission fait une succession mediate, & la representation, une immediate. La transmission a lieu, soit dans les successions *ab intestat*; soit dans les testamentaires; & la representation n'a lieu regulierement que dans les successions *ab intestat*. Celuy qui vient par transmission doit obtenir ce que le défunt a eu: mais celuy qui vient par presentation obtient ce que son pere auroit dû avoir, s'il n'estoit prédecedé. De même, vous ne pouvez transmettre qu'à vostre heritier, & c'est ainsi qu'il faut expliquer l'Arrest de la prononciation de Noël 1551. rapporté par du Luc, liv 8. tit. 10. mais vôtre fils vous peut representer, soit qu'il soit vostre heritier, ou qu'il ne le soit pas.

Enfin, l'on dit quelquefois que la transmission a plus de force que la substitution, c'est-à-dire, que l'heritier institué venant à mourir avant que de s'estre porté heritier, son heritier direct est préferé au substitué, & c'est une grande question de sçavoir si la representation a lieu dans les successions testamentaires, & en matiere de substitutions; & comme dans les fideicommis l'on n'a recours ordinairement à la representation, qu'au défaut de la transmission, il faut sçavoir les cas dans lesquels la transmission peut manquer, & se souvenir que l'on distingue ordinairement les fideicommis purs & simples, d'avec les fideicommis conditionnels. Dans les purs & simples la transmission a toûjours lieu. car si le testateur a dit: *J'institué Titius mon heritier, & le prie de rendre ma succession à Sempronius*, en ce cas, la succession estant dûë à Sempronius du jour de la mort, s'il décede avant qu'elle luy ait esté renduë, il y a transmission en la personne de ses heritiers: ce qui a lieu pareillement au cas que le fideicommis soit à un jour certain; parce qu'il est dû d'abord, quoiqu'il ne puisse estre demandé qu'aprés que le jour est arrivé; mais il n'en est pas de même des fideicommis conditionnels, comme si je dis: *J'institué Titius, & en cas qu'il decede sans enfans, je luy substitué Sempronius:* car Sempronius venant à deceder avant l'existance 2. Si la representation a lieu dans les successions testamentaires. 3. Qu'il faut distinguer les fideicommis purs & simples d'avec les conditionnels.

de la condition, qui est la mort de Titius sans enfans, il ne transmet point regulierement l'esperance de la substitution. Neanmoins les Parlemens de Droit écrit distinguent entre une disposition faite entre enfans, & une faite au profit des étrangers, admettant la transmission dans les premieres, & la rejettant dans les dernieres, d'Olive, liv. 4. chap. 23. Main. liv. 7. chap. 27. Boër. decis. 354. Mais le Parlement de Paris juge indistinctement dans les fideicommis conditionnels contre la transmission, & il y en a un Arrest du 28. Mars 1589. dans les Arrestez de la Cinquiéme, & dans Monsieur Loüet, en la lettre F. nomb. 2. & un autre du 5. Mars 1620. rapporté par Brodeau, confirmatif d'une Sentence du Sénéchal de Lyon. Quoique tous les Parlemens décident unanimément, que quand le fideicommis conditionnel est fait au profit de plusieurs enfans, dont les uns sont decedez lors de l'ouverture de la substitution, les autres survivent, s'il n'y a pas lieu à la transmission, au moins il y a lieu à l'accroissement. Ainsi les Parlemens de Droit écrit n'admettent la transmission du fideicommis conditionnel, qu'en cas qu'il n'y ait qu'un seul enfant substitué, lequel soit prédecedé avant l'ouverture de la substitution, ou que y en ayant plusieurs, ils soient tous decedez avant ce temps, auquel cas ils donnent la transmission aux enfans : Or dans tous ces cas où la transmission n'a point lieu en directe, l'on a coutume d'appeller au secours la representation, & les modernes la reçoivent, pourvû que le testateur se soit servi du nom collectif d'*enfans*, & qu'il ne se soit pas expliqué plus précisément, en nommant par leur nom les enfans qu'il substituë : auquel cas sa disposition semble plus limitative : & ils l'admettent encore lorsque la disposition tient du partage entre enfans, auquel cas, il semble que le testateur s'estant voulu conformer à la Coutume ou à l'équité naturelle, il ne s'est pas voulu éloigner du droit de representation, & l'on considere en ce cas les plus proches de celuy qui est chargé de restituer; parce que cela est conforme à l'ordre des successions, ce qui semble fondé dans la nature, où la succession du sang est une restitution necessaire, comme celle des fideicommis.

4. Differens usages des Parlemens de Droit écrit, & du Parlement de Paris.

5. Dans les cas cy-dessus l'on se sert de la representation au défaut de la transmission, si le testateur a appellé les enfans en general ou s'il a disposé par forme de partage.

L'on considere le double lien, si la Loy du païs y a égard dans les successions, l'on vient par representation & par souches, & de plus l'on donne même le droit d'aînesse, suivant l'Arrest rapporté par Monsieur Bouguier, sous la lettre F. nomb. 3. Mais pour ne se pas engager à cette occasion dans la matiere des substitutions, dont il y a beaucoup de principes qui entrent dans ces décisions, il suffit de ce qui vient d'estre dit, pour faire voir quelle est l'étenduë de la representation, qui a lieu extraordinairement, & contre sa nature, dans les successions testamentaires, & dans les substitutions, & cela, *ex præsumpta voluntate testatoris*.

6. Si la representatiõ a lieu dans le retrait, quand la Coutume y appelle le plus proche lignager.

L'on a aussi demandé si la representation a lieu en retrait lignager dans les Coutumes qui appellent au retrait le plus proche parent lignager. Et Monsieur Tiraqueau, *de retr. lin. §. 11. gl. 9. n. 1.* conclut, que si la Coutume appelle purement & simplement le plus proche lignager, la representation n'a point lieu. Mais la Coutume de Poitou, art. 333. établit ce droit de representation, même dans le retrait. Comme aussi il a lieu dans le douaire, & dans la legitime, les enfans d'un fils prédecedé venant par souches au douaire sur les biens de leur ayeul avec leurs oncles & tantes. Ce droit a encore lieu dans la presentation à des Benefices : car il a esté jugé, que la voix d'un seul qui represente une souche, vaut autant que celle de plusieurs personnes qui composent une autre souche, & l'Arrest en est rapporté par Monsieur le Prestre, Cent. 2. chap. 33. Voilà où la representation peut aller, si ce n'est qu'on l'établisse encore dans l'emphyteose donnée au preneur & à ses enfans, suivant l'Arrest du 13. Février 1645. cité par Charondas, sur l'art. 319. de la Coutume de Paris. Que s'il estoit donné à la vie du preneur & de ses enfans, il n'y auroit point lieu à la representation, l'un des enfans estant decedé; mais bien à l'accroissement, suivant l'Arrest du 23. Mars 1561. rapporté au même lieu. Voyez le Vest, chap. 146. fol. 639. Enfin, elle a encore lieu dans le retranchement qui se fait en vertu du premier chef de l'Edit des secondes Nôces, soit pour estimer une part de moins prenant, dautant que l'on a égard à la part d'une branche, & non pas à celle d'un des petits-fils; soit pour succeder à ce retranchement, dautant que les petits-fils y viennent par souches.

7. Si dans le douaire.

8. Si dans la presentation à un Benefice.

9. Si elle a lieu dans l'emphyteose.

L'on demande s'il est necessaire d'estre heritier de celuy que l'on veut representer? Et il faut dire que cela n'est point necessaire, ni dans la directe, ni dans la collaterale : car l'effet de la representation, qui n'est autre que de reparer le défaut de la personne representée, & de la feindre presente en entrant en son lieu & place, Nov. 118. chap. 1. ne vient que de la liaison, pour ne pas dire, de l'identité du pere & du fils. Et c'est pour cela qu'il n'y a que les enfans qui representent, & que cela ne s'est jamais permis en quelque cas que ce soit aux collateraux. Ce droit ne vient point d'une qualité civile d'heritier, ou de possesseur des biens, mais il a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpetuelle des enfans au pere, & rend un pere mort en la personne d'un fils qui luy survit. Et nous avons observé cy-dessus, qu'une des differences entre la transmission, & la representation, consiste en cecy, que vous ne pouvez transmettre qu'à celuy qui vous succede; mais que vous pouvez estre representé par vostre fils, soit qu'il soit vôtre heritier, ou non. C'est pourquoy, soit que le petit-fils soit heritier de son pere, ou qu'il ait renoncé à sa succession, il vient par representation à la succession de son ayeul, ce qui semble decidé par l'art. 308. de la Coutume de Paris, qui dit, que *l'enfant ayant survécu ses pere & mere, & venant à la succession de ses ayeul ou ayeule, encore qu'il renonce à la succession de sesdits pere & mere, est tenu de rapporter tout ce qui a esté donné à sesdits pere & mere.* Car dés que la Coutume établit un rapport, elle suppose que le pere n'est pas fils unique, que par consequent le petit-fils ne vient à la succession de l'ayeul, que par representation, & supposant d'ailleurs que le petit-fils a renoncé à la succession du pere, elle declare assez que l'on peut representer celuy dont on n'est point heritier. Aussi est-ce la doctrine de Bartole, sur la Loy *Qui superstitis ff. de adquir. hered.* & d'un Arrest du dernier Decembre 1556. rapporté par Charondas, sur l'art. 319. de la Coutume de Paris, & en ses Réponses, liv. 2. chap. 58.

10. S'il faut estre heritier de celuy que l'on represente.

11. Décision de l'article 308. de la Coutume de Paris sur cette question.

L'on peut objecter contre cette décision, la Novelle 22. de Justinien, chap. 21. où cet Empereur, aprés avoir dit, que les veuves qui se contenoient assez pour conserver inviolables leurs premieres affections, avoient en recompense la pleine proprieté de leurs gains nuptiaux, il ajoute que ces gains nuptiaux appartiennent aux enfans aprés la mort de la mere, & dit au §. 1. que s'il

12. Objection tirée de la Novelle 22. de Justinien chap. 21.

y a des enfans, qui survivent à la mere, & des petits-enfans issus d'un enfant, qui soit predecedé, ces petits-enfans viendront par souches avec leurs oncles pourvû qu'ils soient heritiers de leur pere, & que s'ils ne sont point heritiers, ces gains nuptiaux appartiendront aux freres. *Si verò filiorum alii quidem inter vivos sint: alii verò defuncti quidem sint, filios autem relinquant, defuncti portionem illius damus filiis, si heredes sint patris, alioquin ad fratres deducimus.* Or de quelque maniere que l'on prenne ces termes *ad fratres deducimus*, & soit qu'ils s'entendent des autres enfans de la mere, freres du fils, à la succession duquel la renonciation a esté faite, soit que la Loy présupposant que de ces petits-fils les uns ont renoncé à la succession du pere, les autres l'ayent acceptée, & qu'elle donne la part que les petits-fils renonçans auroient eu dans ces gains nuptiaux à ceux qui se portent heritiers de leur pere, elle juge toujours que les enfans du fils ne le representent point pour ces gains nuptiaux, sans estre ses heritiers: Aussi Godefroy en a tiré cette conseqence, *filii heredes patrem repræsentant; non heredes, non repræsentant.* Enfin, ce qui surprend quand on lit ce passage de la Novelle 22. c'est que l'on sçait d'ailleurs, que les enfans succedent aux gains nuptiaux du pere & de la mere sans estre leurs heritiers, ce qui est décidé en la Loy 8. §. 1. C. *de secundis nupt.* Tellement que nous avons à trouver la raison, pourquoy en autre matiere l'on represente sans estre heritier, & que cela n'a pas lieu dans les gains nuptiaux; quoique les enfans en puissent profiter sans estre heritiers, pourquoy il n'est pas necessaire qu'ils soient heritiers de celuy à qui les gains nuptiaux appartenoient; & qu'ils le doivent estre de celuy par la representation duquel ils profitent de ces mêmes gains? Car il n'y a pas d'apparence de se contenter de dire, que Justinien l'a ainsi voulu, non plus que de prétexter que la Novelle 22. chap. 21. a supposé dans son hypothese, que le fils avoit survêcu la mere, qu'ainsi c'est le cas de la transmission, & non de la representation; ce qui est refuté par Maistre Claude Henrys, tom. 1. liv. 4.
13. Réponse à cette objection. qu. 56. & pour moy je suis persuadé que la raison est, que les enfans ont toujours eu une espece de proprieté des gains nuptiaux du vivant de leur mere, à l'exception de sa virile dans son augment, que le dernier droit luy a donné, en cas qu'elle ne se remarie pas: ce qui se verifie soit que l'on examine la Novelle 98. chap. 1. où cela est tres-évident, soit que l'on ait égard aux termes de la Novelle 127. §. *quia vero*, d'où a esté tirée l'Authentique *Si tamen C. de secund. nupt.* Voyez Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 18. & liv. 2. chap. 4. soit même que l'on s'attache à la Novelle 22. chap. 20. §. 1. la plus commune opinion estant, que la pleine proprieté, dont parle cette Novelle, ne s'entend qu'au cas que la mere n'ait point d'enfans. Tellement que les enfans ayant cette proprieté, même du vivant de la mere, les petits-fils au cas du prédecés de leur pere ne pouvoient y succeder sans estre ses heritiers.

L'on peut encore demander si pour representer quelqu'un il faut estre vivant lors de son decés, ce qui a esté traité au liv. 1. chap. 3. nomb. dernier.

14. Si l'on peut representer un homme vivant qui a renoncé. Renvoy. La question de sçavoir si l'on peut representer un homme vivant n'est pas susceptible de difficulté: puisque la raison ne veut pas qu'on entre dans la place d'un homme vivant, qui remplit son degré. Aussi les principes de l'un & de l'autre Droit conviennent en ce point. La Loy *Si qua pœna 7. ff. de his qui sunt sui vel alieni juris*, & la Loy 2. §. *non solum ff. de excusat. tut.* supposent que la representation ne se peut faire que d'un homme mort naturellement, ou civilement. Maistre Charles du Molin en fait une observation sur l'art. 241. de la Coutume du Maine. Brodeau, sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 41. Arr. 4. Il y a pourtant des especes singulieres où cette regle souffre exception, & où les enfans du renonçant representent; mais nous les avons rapportées liv. 2. chap. 4. sect. 6. dist. 1. nomb. 25. 26. 27. 28. & 29.

Il faut encore dire qu'en directe les enfans du renonçant ne viennent pas même en égal degré, parce que ou la renonciation est faite moyennant une donation, un legs, un certain prix, & une certaine recompense; où bien elle est faite sans prix & sans recompense, le renonçant n'ayant jamais rien reçû. Au premier cas, il seroit injuste qu'aprés que le renonçant auroit remporté des donations ou des legs, qui auroient esté le prix de sa renonciation, les enfans fussent encore reçûs au partage de la succession, ce qui seroit rendre sa renonciation illusoire; au second, il est vray de dire, que comme une renonciation gratuite ne peut estre qu'à une succession échûë, les renonciations à successions futures, devant avoir leur prix & leur recompense, il faudroit, afin que cette representation eût lieu, que l'on representât un homme vivant. Ainsi les petits-fils qui ne peuvent jamais venir que par representation, non pas même en égal degré, doivent estre absolument exclus en ce cas, si ce n'est que leur pere fût fils unique, auquel cas, ils n'ont pas besoin de representation ni de partage par souches, & sont indubitablement préferez à des collateraux. 15. Si en directe les enfans du renonçant viennent en égal degré.

A l'égard de la collaterale, comme la representation n'y a pas lieu regulierement en égal degré, rien n'empêche qu'entre plusieurs neveux, enfans de divers freres, qui viennent à la succession de leur oncle, il ne se trouve les enfans d'un frere qui ait renoncé gratuitement: Que si ce frere, dont les enfans veulent venir à partage, estoit legataire, ce seroit frauder la Coutume qui établit l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier, que d'admettre ses enfans à la succession, à moins qu'ils ne rapportent les legs de leur pere. ☞ Et comme leur pere n'ayant point d'enfans auroit donné lieu, dés qu'il auroit accepté son legs, à un partage par souches entre les neveux; aussi ayant des enfans, il les exclut pour ne pas contrevenir à la regle de l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier.] Voyez liv. 1. chap. 4. sect. 6. distinction 1. 16. Si en collaterale.

Que si le pere decede sans s'estre declaré heritier, & sans avoir renoncé, en ce cas, il semble que le petit-fils ou le neveu ne pourra venir à la succession de son ayeul ou de son oncle, ou autre dont le pere estoit heritier présomptif, sans se porter heritier de son pere: parce que c'est icy le droit de transmission, qui veut que l'on soit heritier de celuy qui transmet, & ce n'est pas un droit de representation. Enfin, la succession estant une fois échûë au pere le fils ne la peut avoir que par son canal. Voyez le liv. 1. chap. 4. sect. 6. nomb. 26. où nous avons examiné cette question. Cela doit servir, comme nous avons déja dit, à expliquer l'Arrest de la prononciation de Noël 1551. rapporté par du Luc, liv. 8. tit. 10. Arr. 1. qui a jugé une semblable transmission en directe. Enfin, cette transmission a lieu dans nôtre Droit, au profit de toute sorte d'heritiers en vertu de nôtre regle, *le mort saisit le vif.* 17. Quid si le pere est decedé sans avoir accepté ou renoncé. Renvoy.

L'on peut venir à la succession par la repre- 18. Si l'on

peut representer un incapable. Renvoy.

sentation d'un incapable comme d'un banni à perpetuité, qui est reputé mort, & dont la personne ne sert ni ne nuit cy-dessus, livre 1. chap. 4. sect. 6. dist. 2. Charondas en ses Rép. liv. 2. chap. 58. Mais l'on ne reçoit cette representation, qu'au cas que les petits enfans ayent esté conçûs du vivant de l'ayeul. Michel Grassus, §. 6. *successio ab int. qu. 2. n. 16.* ce que l'on appuye de la disposition du §. & *licet 8.* des Instit. *de heredit. quæ ab intest. defer.* où il est dit, *plane si & conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit.* Et quoique cette difference de ces heritiers, qu'on appelloit en Droit *sui heredes*, ait esté ôtée par le droit des Novelles, & par la Novelle 118. §. 1. & par l'Auhentique *in successione C. de suis & legit. hered.* ensorte qu'on ne doit plus avoir égard à present qu'au lien naturel, cette décision doit avoir lieu parmi nous, & un petit-fils né d'un banni à perpetuité ne succede point à son ayeul, s'il n'est né ou conçû avant la mort de son ayeul, suivant la Loy 1. §. *sciendum ff. de suis & legitit. hered.* & l'Arrest du 21. Juillet 1615. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 38. qui a jugé, que celuy qui n'estoit né ni conçû lors de l'ouverture de la succession, n'étoit pas recevable à la demander: ce qui a lieu, soit qu'il y veuille venir par representation, ou autrement.

19. Quel partage la representation produit.

Il reste d'examiner quel partage la representation produit, & il faut dire qu'elle produit le partage par souches, & que par tout où il y a representation, l'on partage necessairement par souches, soit en directe en degré égal, comme entre cousins germains, qui viennent à la succession de leur ayeul; ou en degré inégal, comme entre le fils & le petit-fils né d'un autre fils, soit en collaterale en degré inégal, comme entre l'oncle & le neveu dans la Coutume de Paris. Que si la Coutume porte la representation plus loin, comme celle de Valois, laquelle dit en l'article 87. qu'elle a lieu *en collaterale jusques aux enfans des freres & sœurs inclusivement, lesquelles representeront leur pere ou mere pour venir à la succession de leurs oncles ou tantes, & de leurs cousins, ou cousines germaines, & se feront lesdites representations en telle prerogative que feroient leurs pere ou mere, s'ils estoient vivans*, par où, comme a remarqué Maistre Charles du Molin, cette Coutume a étendu la representation en cette ligne jusques au quatriéme degré, en ce cas, le partage par souches a lieu en degré égal ou inégal, & quoique le même Auteur observe sur cet article que l'on tient communément le contraire sur les lieux, neanmoins il y en a un Arrest du 7. Avril 1562. rapporté par le Vest. chap. 72. Et c'est pourquoy il a encore esté jugé en cette Coutume, que le cousin germain venoit par representation de son pere, concurremment avec l'oncle du défunt.

20. *Quid* en la Coutume de Valois, où la representation a lieu en collaterale, jusques au quatriéme degré.

21. Si dans la Coutume de Bourbonnois il suffit d'estre dans la collaterale en égal degré.

L'article 306. de la Coutume de Bourbonnois estant ainsi conçû. *Les termes de representation sont dans les successions directes des ascendans, ou descendans* in infinitum; *& en ligne collaterale des freres & sœurs, ou de leurs enfans:* & disant ensuite que hors les termes de representation l'on partage par têtes, non pas par souches; c'est une fort ancienne dispute dans cette Coutume, si son esprit est tel, que pour estre censé se trouver dans les termes de representation, & pour partager par souches, il suffit d'estre dans les degrez dans lesquels on admet la representaion, soit que l'on soit en degré égal, soit que l'on se trouve en degré inégal. La difficulté est que quand l'on se trouve en degré égal, il semble qu'il n'y ait pas lieu à la representation actuelle, au moins en ligne collaterale. Cependant la Coutume declarant indistinctement les enfans des freres estre dans les termes de representation, il semble qu'elle les y ait supposez en l'un & en l'autre cas, & soit qu'ils viennent avec leurs oncles freres du défunt; soit qu'ils representent tous en égal degré. Le mot de *termes* signifiant fins & limites; & non pas degrez. Aussi ç'a esté l'avis de Maistre Charles du Molin, comme il se voit en sa Note sur cet article, où il taxe un peu les Avocats de Moulins, qui lors estoient d'avis contraire, Peut-estre que le fondement de leur opinion estoit ce qui m'a esté attesté par des personnes du païs, qui en ont esté témoins oculaires, que le texte original de la Coutume, qui est resté à Moulins, ne dit pas comme les dernieres impressions, *& en ligne collaterale des freres & sœurs, ou de leurs enfans;* mais il dit, *des freres & sœurs & de leurs enfans;* ce qui fait une difference essentielle: car la conjonctive suppose le degré inégal; au lieu que la disjonctive suppose le degré égal, mais comme la disjonctive se suit aujourd'huy, il semble que c'est avec raison que le Siege de Moulins a depuis jugé le partage par souches entre neveux, & que les Avocats ont adheré au grand Maistre. Aussi les Arrests ont autorisé cet avis: il y en a deux rapportez par Monthelon Arr. 49. l'un du 18. Juillet 1551. & l'autre du 24. Decembre 1608. Cependant j'apprends que les Avocats de Moulins retournent encore à leur premiere opinion, & qu'ils estiment derechef que la representation n'a lieu qu'en degré inégal.

☞[La raison qu'ils ont de retourner à l'ancienne opinion est que cela produit aussi un retour au droit commun, selon lequel les neveux venant de diverses branches partagent par testes, suivant l'opinion d'Azon, cependant quand il s'agira de sçavoir si une fille dotée sera exclufe de la succession d'une niéce aux termes des articles 305. & 306. de la Coutume de Bourbonnois, on aura peine à dire qu'elle ne soit pas exclufe, & qu'elle ne soit pas dans les termes de representation, sous prétexte qu'elle ne vient point par representation actuelle ni habituelle: & il semble qu'au contraire il faudra l'exclure comme estant, suivant ce que dit l'art. 305. dans les termes, c'est à dire, dans les bornes de la representation, quoiqu'elle ne vienne pas par representation: il arrivera ainsi que dans une espece on ne considerera point si quelqu'un est dans les termes de la representation, & nonobstant cela on le fera succeder par testes, non par souches; & que dans une autre espece, on aura égard à cette même circonstance pour exclure la fille dotée de la succession de sa niéce; mais dans la premiere espece, on fléchit les termes de la Loy en faveur du droit commun & pour favoriser un retour au droit commun, au lieu que dans la seconde le droit commun fait moins d'obstacle à la décision.]

La même regle, que le partage par souches suit toûjours le droit de representation, doit estre observée en certaines Coutumes, qui accordent la representation par rapport à la nature des biens, comme dans la Coutume de Rheims, laquelle en l'art. 53. & en l'article 309. admet la representation, selon les termes de droit à l'égard des fiefs, & l'admet à l'infini à l'égard des rotures, & dans la Coutume de Nivernois, laquelle au chapitre 34. article 15. l'admet pour les immeubles & la rejette 22. Que le partage par souches suit la representation en toute sorte de Coutumes.

jette à l'égard des meubles ; enfin dans la Coutume de Montargis qui ne l'admet en collaterale, que quand on l'a stipulée par le contrat de mariage, selon l'article 8. du chap. 15.

Enfin, la même regle se doit observer dans les Coutumes où la representation a lieu à l'infini en directe & en collaterale, qui sont la Coutume de Touraine art. 287. celle d'Anjou art. 225. celle du Maine art. 241. celle de Poitou art. 277. celle de Xaintonge art. 32. celle d'Auvergne chap. 12. art. 9. & quelques autres.

Jusques-là que si un testateur ayant des freres & des neveux, ordonne par son testament que ses biens, qui ne sont que des meubles & acquests, seront partagez également ; comme il faut de necessité que les neveux pour avoir part à sa succession prennent la qualité d'heritiers *ab intestat*, puisqu'une fois il a appellé ses heritiers, & qu'ils ne peuvent estre heritiers que par representation, comme estant plus éloignez d'un degré que les freres ; ils ne peuvent aussi venir, en ce cas, que par souches, & non par têtes. Ils doivent à la Coutume leur qualité d'heritiers, ils luy doivent aussi indirectement l'avantage d'avoir esté appellez ; sans la representation qu'elle établit en leur faveur, ils seront exclus également du legs & de la succession *ab intestat* : ainsi ils doivent suivre le partage par souches qui dépend de la representation, que la Coutume établit en leur faveur ; ou renoncer aux legs & à la succession. Ce qui fut ainsi jugé en execution du testament de la Dame Barentin par Arrest du 31. May 1642. rapporté par Maistre Claude Henrys tom. 1. liv. 5. chap. 4. qu. 52.

☞ Et il faut observer que dans ces Coutumes les meubles se divisant en deux lignes, on a bien égard à la proximité du degré dans chaque ligne ; mais non pas d'une ligne à l'autre : de plus on n'a point d'égard à la proximité du representé entre les deux lignes ; mais bien entre les personnes qui viennent par representation dans chaque ligne, entre lesquelles on considere la proximité du representé. C'est la décision d'un Arrest du 2. Juin 1657. rapporté au Journ. des Aud. tom. 2. liv. 1. ch. 5.]

23. Qu'il y a quelques cas où la representation & le partage par souches ne sont pas reciproques. Renvoy.

Nous établirons pourtant dans la suite quelques exceptions de cette regle qui vient d'estre posée, que la representation & le partage par souches sont choses reciproques ; & nous ferons voir qu'il y a deux exemples où l'on partage par souches, sans qu'il y ait de representation, dont le premier est au cas qu'un ayeul paternel succede avec un ayeul & une ayeule maternels ; & le second, au cas que tous les enfans renoncent à la succession de leur pere, & que les petits-fils viennent en leur lieu & place.

SECTION II.

De la Representation en ligne directe.

SOMMAIRE.

1. *Des Coutumes qui n'admettoient pas autrefois, & de celles qui n'admettent pas encore à present la representation en ligne directe.*
2. *Tant plus les Provinces tirent au Nort, tant plus elles sont opposées à la representation.*
3. *Interpretation de la Coutume de Senlis en faveur de la representation en directe.*
4. *Pareille interpretation de la Coutume de Bourgogne.*
5. *Si la representation & le partage par souches ont lieu en ligne directe ascendante.*
6. *Qu'entre ascendans l'on n'observe qu'un des deux effets de la representation.*
7. *Raisons de ce que dessus.*
8. *Dispositions des Coutumes sur le partage par souches en directe ascendante.*
9. *Si les enfans de l'exheredé viennent par representation ou autrement à la succession de leur ayeul.*
10. *Distinction si le fils a survécu son pere ; ou s'il est predecedé.*
11. *Autre distinction si ces petits-fils ont affaire à des collateraux de leur pere enfans de celuy* de cujus *bonis, ou à des collateraux de leur ayeul.*
12. *Que les collateraux de l'ayeul sont peu favorables.*
13. *Exheredations officieuses.*
14. *Autorité pour les enfans de l'exheredé.*
15. Quid *s'ils concourent avec des heritiers en ligne directe.*
16. *Resolution que les enfans de l'exheredé qui a survécu son pere, sont exclus par d'autres heritiers directs.*
17. *Autre chose si l'exheredé est predecedé.*
18. Quid *si l'exheredé estoit fils unique & est predecedé.*
19. Quid *si le fils unique a survécu.*
20. *Arrest de Lescot.*
21. *Alimens suppléent à la portion hereditaire.*
22. *Si l'exheredé ne succede pas aux autres personnes de la famille.*
23. *Si les enfans du renonçant succedent par representation. Renvoy.*
24. *Si les cousins succedent à l'ayeul par souches ou par têtes.*
25. *Opinions d'Accurse & d'Azon.*

1. Des Coutumes qui n'admettoient pas autrefois, & de celles qui n'admettent pas encore à present la representation en ligne directe

L'On ne doute pas que la representation n'ait lieu à l'infini en ligne directe descendante, selon le Droit Romain, & le Droit commun du Royaume, qui sont fondez en sur cela le droit naturel, la nature faisant une subrogation perpetuelle des enfans aux peres, & rendant un pere mort en la personne d'un fils ou d'un petit-fils qui luy survit. Le §. *cum filius 6. instit. de heredit. quæ ab intest. defer.* y est precis & la Novelle 118. chap. 1. La plûpart de nos Coutumes y sont aussi formelles. Paris art. 319. & les autres. Autrefois il n'en estoit pas de même, & il y avoit un grand nombre de Coutumes, qui n'admettoient pas cette representation comme l'ancienne de Paris : ce qui ne fut corrigé que par l'article 134. de la reformation de 1510. L'ancienne de Chauny tit. 7. art. 36. sur laquelle Maistre Charles du Molin ayant dit, *hoc quoque in linea directa corrigendum, conferendo tamen indistinctè* ; l'on ne voulut pas suivre neanmoins par les Arrests cette indication de Maistre Charles du Molin, au contraire par un qui fut donné au rapport de Monsieur de Grieu le 29. Avril 1606. & qui est rapporté par Monsieur le Prestre, cent. 2. chap. 15. la

representation en ligne directe

Terre de Lannoy située au Bailliage de Chauny fut ajugée à Loüise de Hallnin, fille du sieur de Pienne, au préjudice d'Anne de Halluin, fille du Marquis de Magnélay, lequel estoit fils du sieur de Pienne. Tellement que l'on refusa à la petite-fille le benefice de la representation, & l'on suivit la Coutume, quoique tres rigoureuse : ce qui s'est toûjours observé jusques à ce qu'enfin dans la reformation l'on a admis la representation, comme il se voit en l'art. 38. Les Coutumes de Boulenois art. 76. de Ponthieu art. 8. d'Artois art. 93. du Comté de Haynaut chap. 90. article 5. ont encore des dispositions semblables, & tant plus les Coutumes tirent au Nort, tant plus elles sont contraires au droit de representation, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 76. de celle de Bretagne, & sur le 76. de celle de Boulenois. Enfin, Monsieur d'Argentré remarque sur l'article 559. de la Coutume de Bretagne; qu'encore que la representation soit établie par la Coutume, le nom neanmoins en estoit inconnu, quoique tres propre & tres significatif: cependant il écrivoit sur la reformation de 539. Mais encore un coup, on est revenu dans la plûpart des Coutumes reformées, de cette dureté, dont les motifs que nous examinerons dans le chapitre des rappels, sect. 3. n'ont pas semblé suffisans.

2. Tant plus les Provinces tirent au Nort, tant plus elles sont opposées à la representation.

3. Interpretation de la Coutume de Senlis en faveur de la representation en directe.

Jusques là qu'une de nos Coutumes, qui est celle de Senlis art. 139. semblant avoir limité aux petits-fils la representation en ligne directe, en disant, *qu'en succession en ligne directe, representation a lieu*, & ajoûtant, *c'est à sçavoir la fille ou fils de frere representeront, &c.* l'on a jugé que ces mots, *c'est à sçavoir*, n'estoient que démonstratifs, contre l'opinion de ceux qui vouloient inferer la limitation de la disposition de l'ancienne Coutume, qui avoit exclu toute sorte de representation. Ricard Traité de la Representation. chap. 2. nombre 29.

4. Pareille interpretation de la Coutume de Bourgogne.

L'on a fait une interpretation à peu prés semblable de la Coutume de Bourgogne, laquelle au chapitre 7. des successions article 19. dit, qu'*en toutes successions representation a lieu, quand la personne representée est en pareil degré, avec celuy de la ligne & branche, avec lequel il succede, & autrement non.* Car cet article semblant exclure les arriere-petits-fils, qui auroient voulu venir avec leur grand oncle à la succession de leur bisayeul; pour éviter cela, on l'a interpreté, comme s'il ne parloit que des successions collaterales : ensorte qu'en cette Coutume, comme dans les autres, l'on peut representer en quelque degré que ce soit de la directe; & nonobstant la generalité des termes de cet article, l'opinion de Bartole ne se suit point, lequel sur la Loy 1. *§. sed & si quis ff. de suis & legit. hered.* avoit voulu borner la representation aux arriere-petits-fils. Voyez Bouvot sur cet article.

5. Si la representation & le partage par souches ont lieu en ligne directe ascendante.

La difficulté reste pour la representation de la ligne ascendante, quelques-uns prétendant qu'il faut s'éloigner, à cet égad, de la disposition de la Novelle 118. chap. 2. fondant leur opinion sur ces raisons : la 1. que dans les Coutumes qui n'établissent point precisément la representation & le partage par souches en ligne ascendante, il y a une regle qui dirige toute la matiere des successions, que *le mort saisit le vif son plus prochain heritier habile à luy succeder.* La 2. qu'il y a quelque sorte d'inconvenient, & que l'on a peine de s'accoutumer à dire, que l'ayeul represente son fils qui est son inferieur. Enfin, ils prétendent que par le droit même il n'y avoit pas de representation en cette ligne; puisque le plus proche y excluoit le plus éloigné. *Si autem p urimi ascendentium vivunt, hos preponi jubemus, qui proximi gradu reperiuntur*, dit la Novelle 118. chap. 1.

6. Qu'entre ascendans l'on n'observe qu'un des deux effets de la representation.

Pour résoudre cette question il faut observer, que c'est icy un des deux cas où il y a partage par souches, quoiqu'il n'y ait point de representation. Car des deux effets ordinaires de la representation, le premier d'empêcher l'exclusion par le plus proche en degré : le second, de produire le partage par souches, il est certain que cette fausse representation dont nous parlons, n'en a qu'un, qui est le partage par souches; mais qu'il luy manque le principal, qui est d'empêcher l'exclusion par le plus proche en degré. Ainsi s'il reste un pere, les ayeuls maternels sont exclus; mais s'il reste d'un côté un ayeul paternel & de l'autre un ayeul & une ayeule maternels; l'ayeul paternel aura autant à luy seul, que l'ayeul & l'ayeule maternels. *Si vero eundem habeant gradum ex aquo inter eos hereditas dividatur : ut medietatem quidem ccipiant omnes à patre ascendentes, quanticùmque fuerint : medietatem verò reliquam à matre a cendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit*, dit cette même Novelle 118. chap. 2.

7. Raison de ce que dessus.

Or la raison pour laquelle l'on a refusé aux ascendans le premier effet de la representation, & qu'on leur a accordé le second, selon mon avis, est tirée de la diversité des lignes entre ascendans, l'ascendant paternel n'ayant rien de commun avec les maternels, qui luy sont ettangers : ainsi pouvant les exclure sans blesser l'ordre naturel, quand il se trouve en plus proche degré, & *vice versa* les ascendans des deux lignes, qui se trouvent en égal degré devant partager par moitié, une ligne estant aussi considerable qu'une autre ligne; ce qui ne se pouvoit ainsi établir en ligne descendante, où tous les sujets sont ordinairement des deux lignes. Je diray icy en passant, que Balde sur l'Autentique *defuncto C. ad Senatusc. Tertyll.* satisfaisant à une partie de la question dont il s'agit, & examinant pourquoy la veritable representation, qui a lieu en ligne descendante, n'a pas lieu en ligne ascendante, a répondu que c'estoit parceque la succession des peres est plus dûë aux enfans, que celle des enfans aux peres; & cette proposition est tres veritable : mais elle ne peut pas servir dans le droit de réponse à la question. Car arrivant souvent que l'ayeul a son petit-fils en sa puissance, on ne peut pas douter que son droit ne soit tres considerable. C'est pourquoy si j'avois à ajoûter à la raison que je viens d'expliquer au commencement de ce nombre, je dirois que comme la succession du fils est plus naturelle que celle du pere; aussi il est plus naturel que le fils represente le pere, que non pas que le pere represente le fils, ce qui fait que les ascendans viennent toûjours de leur chef, & jamais par representation, & que le plus proche, de quelque ligne qu'il soit, exclut toûjours le plus éloigné.

8. Dispositions des Coutumes sur le partage par souches en directe ascendante.

Au reste, nous avons des Coutumes qui reglent le partage par souches entre les ayeuls, comme celle de Tours qui dit, art. 312. que les ayeuls paternels & maternels partagent les meubles & acquests par moitié. ☞ La plus précise de toutes celles qui se sont conformées à la Novelle est celle de Sedan art. 167. parceque en ordonnant le partage par moitié entre les ayeuls paternels, & les maternels; elle ajoûte que ce partage a lieu en quelque nombre qu'ils soient.] Et la Coutume de Nivernois disant en l'article 12. du titre des successions, qu'en ligne ascendante la representation n'a point lieu, Maistre Guy Coquille dit sur cet article, qu'il ne signifie autre chose, sinon que le plus proche exclut le plus éloigné. Mais au con-

traire la Coutume de Rheims art. 309. admet la representation à l'infini en ligne directe ascendante & descendante.

9. Si les enfans de l'exheredé viennent par representation ou autrement à la succession de leur ayeul.

Pour poursuivre à present la representation des descendans, aprés avoir proposé, dans la Section précedente, les questions de sçavoir, si l'on peut representer un renonçant, si les enfans de ce renonçant peuvent venir de leur chef, & si l'on peut representer un incapable, toutes questions qui sont communes aux deux lignes, je demande si les enfans du fils exheredé peuvent venir par representation, ou autrement à la succession de leur ayeul, ce qui concerne plus particulierement la ligne directe : surquoy il faut d'abord distinguer si le fils exheredé a survêcu son pere, ou s'il est prédecedé. Que s'il a survêcu, toute la distinction qui se pourroit proposer seroit entre les concurrens des petits enfans, pour sçavoir si ce sont des heritiers en ligne directe, ou en ligne collaterale, & si ceux qui se presentent pour succeder au pere à l'exclusion de ces petits fils, sont des collateraux du pere, qui a fait l'exheredation, ayeul des parties, ou des heritiers en ligne directe & des enfans, ou des petits enfans issus d'un frere ou d'une sœur de l'exheredé. Et il faut demeurer d'accord que la condition des collateraux est peu favorable en ce rencontre, & que quand un pere desherite son fils unique, & que ses collateraux prétendent en profiter, l'on doit aider, autant qu'il est possible, les enfans de l'exheredé, dont la cause qui est fondée, en ce cas, sur l'équité naturelle, se peut encore appuyer de plusieurs dispositions de Droit & de plusieurs exemples. Car l'on peut appliquer à cette espece ces termes du §. 5. de la Loy 1. *de conjug. cum emancip. lib. exheredatus pater eorum pro mortuo habetur*, & ceux de la Loy *Divi fratres ff. de jure patronatus*, qui dit, *delictum avi, vel patris, non nocet nepoti, nec filio in jure libertorum.*

10. Distinction si le fils a survêcu son pere, ou s'il est prédecedé.

11. Autre distinction si ces petits-fils ont affaire à des collateraux de leur pere enfans de celuy *de cujus bonis* ou à des collateraux de leur ayeul.

12. Que les collateraux de l'ayeul sont peu favorables.

13. Exheredations officieuses.

L'on peut encore dire, pour les petits-fils, que l'intention du pere qui desherite son fils unique, bien loin d'aller à préferer les collateraux, aux enfans de son fils, au contraire tend souvent à pourvoir à son propre fils, qu'il desherite, parce qu'il semble luy assurer des alimens, en laissant ou croyant laisser son bien à ses petits-fils, que c'est une de ces exheredations officieuses, dont parle la Loy 18. *ff. de lib. & post.* quand elle dit : *Multi non nota causa exheredant filios, nec ut eis obsint; sed ut eis consulant*, & qu'à proprement parler ce n'est qu'une interdiction domestique, comme celle du fils prodigue : ce que l'on doit suppléer dans la disposition, par la présomption de l'affection paternelle, par argument de la Loy *Cum avus ff. de condition. & demonstrat.* Et qu'enfin si le pere n'a pas voulu pourvoir à son fils; au moins il est présumé avoir voulu pourvoir à ses petits-fils, comme un pere qui interdit son fils prodigue, & qui dit, *quando tua bona paterna avita nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis.* L'on peut ajoûter une raison importante qui est, qu'en ce cas, les enfans de l'exheredé ne viennent point par representation; mais de leur chef, & qu'ainsi le démerite de leur pere ne leur doit point faire de préjudice, puisque n'ayant ni oncles ni cousins germains, ils ne le representent point. Enfin, l'on allegue ordinairement pour soutenir le parti des petits-fils, Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynut. in verb. testamentum*, Monsieur Cujas sur la Loy 15. *ff. de inoffic.* Pontanus sur la Coutume de Blois, art. 138. 139. & 140. un Arrest du 22. Decembre 1584. rapporté par Maistre Anne Robert liv. 2. chap. 9. qui est le 178. de ceux de le Vest. Un autre du 7. Juillet 1615. rapporté par Brodeau sur la lettre S. de Monsieur Loüet nomb. 20. sur la fin, un autre du 1. Juin 1582. rapporté par Charondas sur les articles 308. & suivans de la Coutume de Paris. Et il faut demeurer d'accord qu'entre ces autoritez il y en a qui vont à appeller les enfans de l'exheredé, non seulement préferablement à des collateraux du pere, qui a fait l'exheredation, mais encore par concurrence avec des coheritiers en ligne directe, & c'est la seconde partie de nostre distinction.

14. Autoritez pour les enfans de l'exheredé.

15. *Quid* s'ils concurent avec des heritiers en ligne directe.

A cet égard ceux qui soutiennent le parti des enfans de l'exheredé, disent qu'il y a quelque difference entre les crimes que produisent l'indignité, & les fautes qui donnent lieu à l'exheredation. L'indignité que produit le crime, passe quelquefois aux enfans *metu sanguinis*, mais il seroit injuste de ne pas remettre aux enfans les fautes que leurs peres ont commises, & qu'une échappée d'un fils coutast si cher à toute sa posterité. C'est pourquoy, disent-ils, à moins que l'exheredation ne soit fondée sur des actions, dont les circonstances soient extraordinaires, non seulement l'on doit conclure pour la préference des enfans de l'exheredé, aux collateraux du pere qui a fait l'exheredation; mais on peut même les admettre en concurrence avec d'autres heritiers en ligne directe, non seulement en pareil degré, où il semble que la representation soit moins actuelle & formelle, mais encore en degré inégal dans lequel ils ne pourroient venir, que par une representation actuelle de leur pere : car si l'on represente bien un incapable, comme le dit l'article 322. de la Coutume de Bourbonnois & le 97. de celle de Sens, pourquoy des enfans, qui n'ont point participé à la faute, par laquelle leur pere a merité l'exheredation, ne pourroient-ils pas venir par representation de leur pere à la succession de leur ayeul ?

16. Resolution que les enfans de l'exheredé qui a survécu son pere sont exclus par d'autres heritiers directs.

Voilà la plûpart des objections de ceux qui soutiennent le parti des enfans de l'exheredé. Mais pour en dire mon avis, j'estime deja indéfiniment que quand il y a plusieurs branches, & que le fils exheredé a survêcu, ses enfans sont absolument exclus; parce qu'ils ne pourroient venir que par representation : or l'on ne represente jamais un homme vivant, suivant Maistre Charles du Molin, en sa Note sur l'art. 241. de la Coutume du Maine. Je ne dis pas que l'on ne represente pas un incapable, mais bien que l'on ne represente jamais un homme vivant.

17. Autre chose si l'exheredé est prédecedé.

Que si le fils exheredé est prédecedé, il faut avoüer que s'il y a de la difficulté, c'est en cette espece; parce qu'il faut éteindre la peine, pour priver les enfans qui se trouvent dans le plus prochain degré, & qui ne sont point exheredez. Enfin, outre que la derniere confirmation manque à cette exheredation du fils, n'y ayant point d'exheredation, fût-elle par un contrat de mariage, que le pere ne puisse retracter quand il luy plaist, il se trouve alors que le pere a exheredé celuy, qui au moyen de son prédecés, ne devoit pas estre son heritier, & qu'il n'a pas desherité ceux qui sont ses heritiers : ainsi comme c'est une maxime que les peines ne s'étendent jamais, j'estime que regulierement les enfans de l'exheredé peuvent venir, en ce cas, à la succession.

18. *Quid* si l'exheredé estoit fils unique & est prédecedé.

A plus forte raison, les enfans de l'exheredé, qui estoit fils unique, viennent préferablement à des collateraux, quand cet exheredé est decedé avant le pere; parce qu'ils se trouvent *sui heredes*, & ne sont point desheritez personnellement. Et que d'ailleurs, n'y ayant que leur souche, ils ne viennent pas même par re-

presentation : ainsi il les faut admettre.

19. *Quid si le fils unique a survécu.* Que si le fils unique qui a esté desherité survit à son pere, il y a encore de la difficulté, parce que ses enfans ne le representent point, ils viennent *jure suo*, se trouvant au moyen de l'incapacité de leur pere dans le plus prochain degré, & n'ayant point esté retranchez de la famille : ainsi il n'est point vray de dire, qu'ils representent un homme vivant. Et pourquoy les enfans, qui se trouvent dans le plus prochain degré, ne viendroient-ils pas plustost que des collateraux, si ce n'est dans le cas d'une exheredation fondée sur un mariage contracté contre l'avis du pere ; ainsi j'estime qu'ils viendront à la succession, & il n'y a point de présomption de volonté, que l'on puisse valablement alleguer contre ces enfans : puisque le droit du sang prévaut aux présomptions, & que d'ailleurs les peines ne se doivent pas étendre.

A plus forte raison, comme il vient d'estre dit, si ces deux circonstances concourent ensemble : c'est-à-dire, si le fils exheredé estoit fils unique, & estoit prédecedé. Car nul doute qu'en ce cas, ses enfans ne puissent & ne doivent estre admis à la succession de leur ayeul, ce que j'estime devoir avoir lieu pour le douaire, auquel les enfans viendront quasi *ex successorio edicto*, nonobstant l'exheredation de leur pere fils unique & prédecedé.

20. Arrest de Lescot. Le fameux Arrest de Lescot n'a jugé que le premier de tous ces cas, c'est-à-dire, que Raymond Lescot ayant survêcu ses parens, qui l'avoient desherité, & ayant une sœur, ses enfans estoient exclus. Il a esté rendu le 3. Septembre 1683. en la premiere Chambre des Enquestes, au rapport de Monsieur du Fos.

21. Alimens suppléent à la portion hereditaire. Enfin, dans le cas de l'exclusion des enfans de l'exheredé, il faut les recompenser par des alimens : ce que la Cour n'a pas obmis de faire dans cet Arrest, ayant donné à l'exheredé & à sa veuve, & à ses enfans, tant en usufruit, qu'en proprieté, la somme de deux cens mille livres.

22. Si l'exheredé ne succede pas aux autres personnes de la famille. Il n'en est pas de même à l'égard des autres successions de la famille, l'exheredé même ne perdant pas ce qui luy vient *à genere*, & par droit de consanguinité : c'est pourquoy il succede à ses freres, ce qui est décidé en la Loy derniere *ff. unde legitimi*, où il est dit, que ceux qui sont nez avant le bannissement du pere, & ceux qui sont nez depuis, se succedent les uns aux autres, quoique les derniers ne succedent pas au pere, & cela à l'exemple des exheredez, *jus inter se consanguinitatis habent, & si heredes patri non extiterint, sicuti exheredati* : mais cette distinction entre ce qui vient du pere, & ce qui vient *à genere & rerum natura*, est mieux établie qu'en nul autre endroit dans la Loy *Eum qui ff. de interd. & releg.* qui dit, *Eum qui civitatem amitteret, nihil aliud juris adimere liberis ; nisi quod ab ipso perventurum esset ad eos, si intestatus in civitate moreretur ; hoc est hereditatem ejus, & libertos, & si quid aliud in hoc genere reperiri potest : Quæ verò non à patre ; sed à genere, à civitate, & rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia : itaque & fratres fratribus fore legitimos heredes, & agnatorum tutelas, & hereditates habituros : Non enim hæc patrem ; sed majores ejus eis dedisse.*

Il faut observer neanmoins, que cette exception n'a pas lieu en fait de crimes de Leze-Majesté : car les enfans de ceux qui en sont prévenus, ne succedent à aucune personne de la famille, & perdent même ce qui vient *à genere & rerum natura.*

Aprés avoir examiné si les enfans du fils exheredé peuvent venir à la succession, l'ordre de la matiere semble désirer, que l'on traite la question de sçavoir, si les enfans du renonçant y sont admis par representation ? Et il est certain qu'ils n'y peuvent jamais estre admis, tant qu'ils viennent par representation actuelle : comme en directe, lorsqu'un petits-fils vient par representation de sa mere qui a renoncé par son contrat de mariage, ou en collaterale, quand un neveu vient à la succession de son oncle par representation de son pere, ou quand ils viennent par representation habituelle, comme en directe, lorsque des cousins germains de diverses branches viennent entr'eux à la succession d'un ayeul. Mais la difficulté est, lorsque dans ce dernier cas d'une simple representation habituelle, le pere a renoncé à une succession échuë, sans avoir jamais rien reçû. Et nous avons agité pleinement toutes ces questions, liv. 1. chap. 4. sect. 6. 23. Si les enfans du renonçant succedent par representation. Renvoy.

Pour la maniere de partage, qui a lieu lorsque l'on vient par representation dans la directe, l'on ne doute pas qu'en degré inégal l'on ne partage toûjours par souches, & jamais par testes, *§. cum filius instit. de hereditat. quæ ab intest. defer.* Mais l'on demande si cela a lieu en degré égal, & lorsque plusieurs petits-fils de differentes branches, se presentent pour partager la succession de leur ayeul ? Et il faut dire, que le partage par souches a encore lieu, en ce cas, selon le Droit, & selon nos usages. Le §. dernier du même titre des Instit. y est précis : *Ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita ; sed in stirpes dividi hereditatem ; similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes, & neptes & inter pronepotes & proneptes & alias deinceps personas.* La Loy 2. *C. de suis & legit. hered.* y est encore formelle, & dit, *nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato, non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt.* Enfin, la Novelle 118. chap. 1. dit la même chose. A l'égard de nostre usage, il a pour garants Guy Pape, decis. 134. Maistre Charles du Molin, sur l'art. 9. du chap. 12. de la Coutume d'Auvergne, où il marque que l'opinion d'Accurse a prévalu à cet égard sur celle d'Azon : car il faut observer que ces deux Docteurs ont un peu décliné du droit chemin, sur la matiere de la representation, & du partage par souches en degré égal. Accurse ayant crû, au moins pendant un temps, & dans son Commentaire sur les Instituts *§. hoc etiam 4. de legit. agnat. success.* quoiqu'il semble se retracter plus bas, que ce partage avoit même lieu en collaterale entre cousins germains qui venoient à la succession d'un oncle : ce qui est formellement opposé à la Loy *2. ff. de suis & legit. hered.* & au §. 4. des Instit. *de legit. agnat. success.* qui n'ont point esté corrigez par l'Authentique *Cessante C. de legit. hered.* qui ne parle que du concours des neveux avec les freres du défunt. Aussi nous avons vû au liv. 1. ch. 6. sect. 4. nomb. 2. qu'Azon ayant pris le parti contraire, & ayant soûtenu le partage par testes en cette ligne, le Parlement de Paris luy a fait cet honneur, que d'autoriser précisément & nommément son avis, par un Reglement. Cependant il faut dire icy pour la défense d'Accurse, que s'il a esté de cet avis, sur le *§. hoc etiam 4. instit. de legit. agnat. success. in verb. superstites*, il en a changé sur la Loy *2. in verb. tres partes ff. de suis & legit. hered.* ainsi il resteroit de sçavoir, si Accurse a fini par ses Instituts. Balde le prétend ainsi en son consf. 272. mais plusieurs disent au contraire,

24. Si les cousins succedent à l'ayeul par souches ou par testes.

25. Opinions d'Accurse & d'Azon.

qu'il a fait ce Commentaire estant encore fort jeune, & entr'autres Petr. Jacob. *tit. de actio. in rem pro re emphyt.* où il dit l'avoir appris de son fils François Accurse : au contraire Azon a estimé contre Accurse sur l'Authentique *Cessante C. de legit. hered.* & aprés luy Godefroy, que le partage par testes avoit lieu entre personnes en degré égal, même en directe entre cousins germains, ce qui est contraire à tous les textes qui viennent d'estre rapportez, & est condamné dans cette Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 9. du chap. 12 de la Coutume d'Auvergne, où il dit, *semper etiam observata fuit opinio Accursii contra Azonem quod in stirpes.* Et ces mots, *semper observata*, marquent assez l'usage & la Jurisprudence des Arrests. Voyez Guy Pape, *decis.* 134. & Michel Grassus, *§. successio ab intest. qu. 2. n. 14.*

SECTION III.

De la Representation en ligne collaterale.

SOMMAIRE.

1. *Quand & comment la representation en collaterale a esté introduite dans le Droit Romain.*
2. *Quand nous avons commencé d'admettre toute sorte de representation.*
3. *Diverses Coutumes sur le sujet de la representation.*
4. *S'il faut supplèer dans les Coutumes qui ne parlent point de representation en collaterale, & specialement en celle de Meaux.*
5. *Si à Laon le neveu exclut l'oncle.* *Raisons pour l'oncle.*
6. *Si Irnerius a bien rendu la Novelle 118. dans l'Authentique* post fratres.
7. *Que quand la Novelle 118. auroit esté bien rendue dans l'Authentique* post fratres : *il ne s'ensuivroit pas, que parmi nous, le neveu dût exclure l'oncle ; moins encore dans la Coutume de Laon.*
8. *Preuve tirée de l'article 76. de la Coutume de Laon.*
9. *De l'autorité de Maistre Charles du Molin sur ce sujet.*
10. *Raisons generales de la concurrence de l'oncle & du neveu.*
11. *Arrests sur la question.*
12. *Avis de l'Auteur.*
13. *A qui de l'oncle ou du neveu appartiennent les propres naissans d'un défunt. Renvoy.*
14. *Si dans la Coutume de Valois le cousin germain vient avec l'oncle du défunt.*
15. Quid *en Bourbonnois.*
16. *Si la renonciation d'un frere legataire donne lieu aux neveux de diverses branches de venir par souches à la succession.*
17. *Réponse à un Arrest.*

1. Quand & comment la representation en collaterale a esté introduite dans le Droit Romain.

IL est certain que non seulement la representation n'a point eu lieu en collaterale, selon la Loy des douze Tables, où au contraire il estoit dit, *proximus agnatus familiam habeto* ; mais encore qu'elle n'a point esté établie par le droit du Digeste, ni par celuy du Code, & qu'elle ne l'a esté que par la Novelle 118. de Justinien, chap. 3. à quoy se rapporte l'Authentique *Cessante C. de suis & legitim. hered.* La raison de difference entre cette ligne, & la directe, estoit qu'au lieu que le petit-fils, & l'arriere-petit-fils, jusqu'à l'infini, tirent toûjours leur origine de celuy de la succession duquel il s'agit, ce qui fait qu'il est toûjours juste qu'ils viennent par representation ou autrement à sa succession, cela ne se peut point dire des enfans des freres, comme l'observe Cynus Pistoriensis, *de success. ab int. cap. 1. n. ult.* Pour les bornes que Justinien a données à ce nouveau genre de representation, il n'y a rien de certain, sinon qu'il a voulu que les enfans des freres succedent à leur oncle avec les autres oncles freres du défunt. *Si autem defuncto fratres fuerint alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre & matre Thiis masculis & foeminis, & quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem ; quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset* : car ce qu'il ajoûte, que les enfans d'un frere germain excluent les freres consanguins ou uterins, c'est bien un effet de la representation ; mais qui regarde principalement le double lien. Enfin, c'est un point fort controversé, que de sçavoir s'il a préferé le neveu du défunt, à l'oncle du défunt : quoique Irnerius, qui a reduit l'Authentique *post fratres C. de legitimis hered.* l'ait prétendu ainsi : ce qui viendra dans la suite.

L'on ne peut pas aussi désavoüer que la representation en directe est un établissement fort ancien dans les Gaules : car quoique l'on allegue ordinairement la Loy Salique, qui semble contraire, *tit. 62. de alode*, neanmoins il est constant qu'elle n'exclut point précisément cette representation, mais regle seulement les successions de ceux qui n'ont point laissé d'enfans, commençant ainsi : *Si quis homo mortuus fuerit, & filios non dimiserit.* Mais le Roy Childebert ajoûta un decret à la Loy Salique, intitulé *decretio Childeberti Regis*, qui est ainsi conçû : *Ut nepotes ex filio, vel ex filia ad aviaticas res, cum avunculis vel amitis sic venirent in hereditatem, tanquam si pater aut mater vivi fuissent* : mais en même temps il exclut toute representation en ligne collaterale, en disant, *de illis tamen nepotibus illud placuit observari qui de filio, vel filia nascuntur, non qui de fratre.* Cependant la Loy Salique primitive, n'établissant la representation précisément : l'on peut croire qu'avant le Roy Childebert, c'est-à-dire, avant l'an 515. ce Droit n'avoit pas lieu en directe, d'autant plus que nous trouvons une formule dans Marculphe, liv. 2. chap. 10. servant de rappel aux petits enfans, qui nous conduit à croire qu'il n'y avoit d'abord aucune representation en cette ligne. 2. Quand nous avons commencé d'admettre toute sorte de representation.

Aussi, comme il a déja esté dit, nous avons encore des Coutumes, que la Jurisprudence des Arrests a confirmées qui excluent toute representation, tant en directe, qu'en collaterale, comme celles de Ponthieu, art. 8. d'Artois, art. 93. de Boulenois, art. 76. Mais aujourd'huy la plûpart la reçoivent en directe, jusqu'à l'infini, & en collaterale, jusqu'aux enfans des freres du défunt : 3. Diverses Coutumes sur le sujet de la representation.

c'est-à-dire, selon les termes de Droit, comme Paris, Estampes, Montfort, Mantes, Sens & autres. D'autres Coutumes ont reçû les cousins germains, & issus de germains, à succeder par representation, même en égal degré, comme Crépy en Valois, art. 87. Il y en a qui la reçoivent à l'infini, tant en collaterale, qu'en directe, comme celles de Touraine, art. 287. d'Anjou, art. 225. du Maine, art. 241. de Poitou, art. 277. de Xaintonge, art. 104. & d'Auvergne, chap. 12. art. 9. ☞ & dans ces Coutumes, tout ce que les representez auroient esté obligez de rapporter s'ils avoient esté heritiers, le representant, quoiqu'il ne soit pas leur heritier, est obligé de le rapporter pour eux.] D'autres l'admettent selon les termes de Droit dans les fiefs, & à l'infini dans les rotures, comme la Coutume de Rheims, art. 53. & 309. Il y en a qui la rejettent à l'égard des meubles, comme la Coutume de Nivernois, chap. 34. art. 13. Quelques-unes l'excluent en collaterale, si elle n'est stipulée du consentement des interessez, comme la Coutume de Montargis, ch. 15. art. 8. & d'autres rejettent cette condition, comme la Coutume de Blois, art. 139.

4. S'il faut suppléer dans les Coutumes qui ne parlent point de representation en collaterale, & specialement en celle de Meaux.

Au contraire, il y a quelques Coutumes qui ont omis de parler de la representation en collaterale, comme Meaux, & l'on a demandé pour cette Coutume s'il falloit suppléer à cette omission par le Droit commun, soit qu'on le prenne dans la Coutume de Paris, soit dans la plûpart des Coutumes du Royaume, soit dans la Novelle 118. L'on a consideré pour la décision de cette question, que par le Droit du Digeste & du

Raisons pour la negative.

Code, la representation n'avoit point lieu en collaterale, & que n'ayant esté établie que par les Novelles de Justinien, en un temps, où la France n'estoit plus sous la domination des Romains, c'est-à-dire, depuis l'an 534. & aprés que cet Empereur eut publié son nouveau Code, que ces Novelles même n'ont esté compilées qu'aprés sa mort, & cela par quelque Auteur, dont le nom n'a point esté connu: Que d'ailleurs dans ce même temps, la France avoit ses Coutumes & ses Souverains: puisqu'il se voit que Jules Cesar avoit laissé la liberté à une partie des Gaules de suivre ses Coutumes, & que lorsque les François vinrent y établir leur Monarchie, ils se formerent des Loix particulieres, qui furent comprises dans la Loy Salique, & depuis dans les Capitulaires, ou bien ils suivirent l'ancien Droit Romain: par ces raisons l'on a rejetté la disposition de la Novelle, & l'on a jugé que si le Droit Romain estoit de quelque autorité en ce rencontre, ce devoit plutost estre celuy du Digeste & du Code.

L'on a aussi fait reflexion sur nostre ancien Droit, qui rejettoit toute representation, même en directe. Enfin, l'on est entré dans l'examen des dispositions de la Coutume de Meaux, & l'on a trouvé. 1. Qu'elle a un article exprés pour la representation en ligne directe, & c'est le 41. de cette Coutume, d'où il semble que l'on peut conclure, que si elle eût voulu établir la representation en ligne collaterale, elle en eût aussibien disposé, & qu'ainsi elle n'a pas omis; mais elle a refusé d'admettre cette representation. 2. Cette Coutume a bien pû refuser cette representation au neveu, puisqu'elle l'a refusée au fils de l'aîné pour le droit d'aînesse, lorsqu'il vient en concurrence avec des oncles, ne l'admettant à cette representation, que lorsqu'il vient en concurrence avec des tantes, & c'est la disposition du même art. 41. 3. Il y a un article en cette Coutume, dans lequel elle auroit excepté la representation en ligne collaterale, si elle avoit esté conforme à son esprit: C'est le 166. où il est dit, que les femmes excluent les hommes dans les fiefs, quand elles se trouvent en plus proche degré, car elle n'auroit pas manqué d'ajouter, *excepté au cas de la representation.* Ensorte que par Arrests du 16. Avril 1585. rapporté par Monthelon, Arr. 32. & par Maistre Anne Robert, liv. 3. chap. 15. l'on a jugé que dans la Coutume de Meaux il ne falloit point suppléer à cette omission, ni établir de representation en collaterale.

Raisons pour l'affirmative.

Il faut pourtant avoüer que la question seroit plus difficile pour une Coutume qui ne parleroit point du tout de representation. Et pour moy je croirois que l'on ne pourroit déja pas se dispenser de l'accorder en directe à l'infini, parce que cette representation est de l'ancien & du nouveau Droit, & ce qui est plus important, elle est naturelle. Il y auroit plus de doute pour la ligne collaterale. Cependant comme il est certain que nostre Droit commun accorde cette representation aux neveux succedans avec leurs oncles, & que le Droit commun est d'une grande autorité dans les cas omis, j'inclinerois à admettre aussi cette representation dans ces Coutumes: ☞ & c'est le sentiment de M. Guy Coquille en ses Institutions au Droit François, page 126.] Aussi quelques-uns, & entr'autres Maistre Jean Marie Ricard en son Traité de la Repr. & du Rapp. chap. 8. ont prétendu que si la chose estoit indécise dans la Coutume de Meaux, l'on ne jugeroit peut-estre pas, comme a fait cet Arrest, lequel a esté rendu en un temps, où la representation en ligne collaterale n'estoit pas encore bien établie, & ne venoit que d'estre ordonnée par la Coutume de Paris, qui ne l'avoit point admise avant sa reformation. Mais si je tire un grand avantage de cet avis pour les Coutumes qui ne parlent point du tout de representation, où il vient d'être dit, qu'on la veut établir conformément au Droit commun, je ne puis pas y adherer pour ce qui touche la Coutume de Meaux, & je suis persuadé au contraire par les particularitez que je viens d'observer dans cette Coutume, que quand la question y seroit indécise, on la jugeroit comme a fait cet ancien Arrest.

D'autres Coutumes n'ont point decidé un autre point de Droit, de sçavoir si l'oncle & le neveu viennent en concurrence, ou si le neveu representant son pere exclut l'oncle du défunt, & l'on a particulierement examiné pour la décision de cette question, si ces Coutumes inclinoient du costé du Droit Romain. Ensorte que le moindre rapport qu'elles avoient au Droit Romain, a fait juger que l'oncle y devoit estre exclus par le neveu. Ce qui est une erreur dans le Droit Romain, & dans le Droit François, & afin de le faire paroistre plus visiblement, il faut traiter la question dans la Coutume de Laon en Vermandois.

5. Si à Laon le neveu exclut l'oncle.

L'art. 75. de cette Coutume dit, *en ligne collaterale la representation a lieu jusqu'aux enfans des freres & sœurs inclusivement, suivant la raison écrite:* Or ces derniers mots, *suivant la raison écrite*, ont donné lieu à une Note de Maistre Charles du Molin, qui est conçûë en ces termes. *Et partant les neveux collateraux du défunt* ex fratre vel sorore germanis, *excluent les oncles &*

les tantes du défunt, nonobstant qu'ils soient in pari gradu. Textus in Autent. post fratres C. de legit. hered. Surquoy il y a quatre choses à discuter. La 1. si le principe de Maistre Charles du Molin est veritable, & s'il est vray que dans le Droit, le neveu du défunt exclut l'oncle du défunt. La 2. si supposé que le principe de cet Auteur soit veritable, sa consequence seroit bonne en general, & dans l'esprit particulier de la Coutume de Laon. La 3. l'autorité de Maistre Charles du Molin sur cette matiere. La 4. ce que l'on doit juger de cette question indépendamment de toute sorte de préjugez.

Raisons pour l'oncle.

6. Si Irnerius a bien rendu la Novelle 118. dans l'Authentique *post fratres*. Il faut demeurer d'accord que dans l'Authentique *post fratres C. de legit. hered.* l'oncle est précisément exclu par le neveu. Aussi ce n'est pas la question, mais elle consiste à sçavoir si Irnerius qui a tiré l'Authentique de la Novelle 118. est bien entré dans le sens de cette Novelle, auquel seul on se doit arrester. Or la Novelle aprés avoir admis les enfans des freres à la succession de leur oncle, concurremment avec leurs autres oncles freres du défunt, ajoûte: & puisque nous avons bien reçû les enfans d'un frere à la succession du défunt, concurremment avec leurs oncles freres du défunt, quoique les enfans des freres soient au troisiéme degré, & les freres au second, il s'ensuit qu'ils sont preferez aux oncles du défunt qui ne sont qu'au troisiéme degré. *Quandoquidem igitur fratris & sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu, cum iis qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia Thiis defuncti masculis & fœminis, sive à patre, sive à matre preponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum.* Ainsi [☞ quoiqu'en dise Balde en son Conseil 424. livre 3.] il est manifeste que l'exemple du neveu, qui succede avec son oncle par representation de son pere, regle dans la Novelle l'exclusion de l'oncle par le neveu. L'Empereur disant, que le neveu, qui estant au troisiéme degré, vient avec le frere, qui est au second, doit exclure l'oncle du défunt, qui est au troisiéme: ce qui se voit par ce mot *Quandoquidem*, & par ceux-cy *palam est*, qui servent à tirer la consequence: d'où il est aisé de conclure, que dans le second cas, aussi-bien que dans le premier, les neveux ne doivent venir, que quand il y a des freres du défunt, qui estant dans un degré plus avancé, leur donnent lieu de venir par representation de leur pere: car il n'y a point de representation en égal degré en collaterale aux termes du Droit, & que par consequent pour preferer les neveux aux oncles du défunt, il faut mettre les neveux en état de representation, & supposer à cet effet, que le défunt a laissé un frere, des neveux d'un autre frere & un oncle, auquel cas, les neveux estant reputez en pareil degré avec le frere, par le moyen de la representation, ils excluent l'oncle, comme fait le frere, à qui ils sont comparez en cette occasion, laquelle explication se peut appuyer de diverses raisons, mais nous n'examinons encore icy que les autoritez, en nous attachant au sens de la Novelle.

7. Que quand la Novelle 118. auroit esté bien réduite dans l'Authentique *post fr. atres*, il ne s'ensuivroit pas que parmy nous le neveu dût exclure l'oncle; moins encore dans la Coutume de Laon. Je vais plus loin. Quand on présupposeroit que le principe de Maistre Charles du Molin seroit vray, & quand le droit excluroit l'oncle en faveur du neveu, sa consequence ne seroit pas bonne, ni en general dans toute autre Coutume, qui auroit un article semblable; ni en particulier, eu égard aux dispositions suivantes de la Coutume de Laon. Car 1. l'Authentique a esté composée par Irnerius en l'an 1150 ou environ, c'est à dire, long-temps aprés l'établissement des Coutumes du Royaume. 2. L'article de la Coutume de Laon ne disant autre chose sinon qu'*en ligne collaterale la representation a lieu jusques aux enfans des freres & sœurs inclusivement suivant la raison écrite*, il établit seulement, que comme dans le Droit les enfans des freres viennent en concurrence avec leurs oncles, à la succession d'un autre oncle; aussi dans la Coutume de Laon; mais il ne s'ensuit pas que si dans le Droit l'oncle exclut le neveu, cela se doit ainsi juger dans la Coutume: puisque la representation par laquelle le neveu excluroit l'oncle, sans qu'il restât des freres du défunt, seroit un droit extraordinaire auquel ce petit mot *suivant la raison écrite*, ne seroit pas censé se rapporter. En effet, si sans entrer dans le détail du droit, on tiroit cette consequence, & si Maistre Charles du Molin l'avoit ainsi tirée: le neveu du défunt vient en concurrence avec le frere du défunt par representation de son pere, & par consequent le neveu du défunt exclut l'oncle du défunt, elle ne paroistroit pas bonne. Que si le Droit & la Novelle avoit ainsi conclu, ce qui n'est pas, ne faudroit-il pas une soumission précise & formelle dans la Coutume à une disposition fondée sur une si étrange consequence? Et ne seroit-il pas naturel d'expliquer la representation en collaterale jusques aux enfans des freres, suivant la raison écrite, par la representation seulement, qui a lieu lorsque les neveux succedent avec les freres du défunt: Mais comme il vient d'estre dit, la Novelle de Justinien ne se doit point entendre de cette maniere, & elle dit seulement que les neveux qui viennent en concurrence avec les freres du défunt, ayant une fois acquis cette concurrence par la representation, excluent dans le même cas les oncles du défunt; parce qu'ils entrent une fois dans le second degré, par l'effet de la representation: d'où il suit que si vous ôtez la cause & le sujet de la representation, qui est la concurrence du frere du défunt: vous ôtez pareillement l'exclusion de l'oncle; parce qu'il n'y aura plus lieu alors à la representation, qui ne s'observe qu'en inégalité de degré en collaterale.

8. Preuve tirée de l'art. 70. de la Coutume de Laon. Ce qui justifie à present que cette consequence de Maistre Charles du Molin n'est pas juste, eu égard aux autres dispositions de la Coutume de Laon, & qu'elle est contraire à son esprit, c'est que l'article suivant 76. dit précisément, que quand les cousins germains viennent entr'eux, ils viennent par testes, & non pas par souches, & qu'ils ne viennent par souches, que quand ils se presentent avec un frere du défunt. *Enfans de plusieurs freres viennent à la succession de leur oncle ou tante, par representation de leur pere ou mere, avec leurs autres oncles ou tantes par souches, & non par têtes; mais si lesdits oncles ou tantes estoient predecedez, tous y viennent de leur chef, & partissent ladite succession par têtes & non par souches:* Or il est aisé de conclure de ces termes, que n'y ayant point de representation lors qu'il n'y a point de freres du défunt, ni par consequent de partage par souches, il n'y a ni representation ni partage par souches quand il n'y a qu'un neveu & un oncle du défunt. Il est donc évident que le principe de Maistre Charles du Molin n'est pas veritable, & que la consequence qui ne seroit pas bonne dans toute autre Coutume, qui n'auroit point d'autre disposition qui pût ser-

vir de préjugé sur ce sujet, que ce qui est dit dans l'article 75. de la Coutume de Laon, est à abandonner & à rejetter absolument dans cette Coutume, eu égard à une disposition précise qui est dans un article suivant.

9. De l'autorité de Maistre Charles du Molin sur ce sujet. Il reste donc l'autorité de Maistre Charles du Molin ; c'est à dire, celle qui resulte de son avis particulier, & de l'explication qu'il a donnée à cette Coutume. Et pour cela il suffit de dire, que Maistre Charles du Molin n'a pas esté sans opinions singulieres sur la matiere des representations, puisque par exemple, sur le Conf. 55. du Vol. 4. d'Alexandre, il a tenu qu'en ligne collaterale lorsque des cousins germains se trouvoient en égalité de degré, ils succedoient par souches, & non pas par têtes. Et sans rien diminuer de la veneration qui est dûë à un si grand homme, par tous ceux qui s'affectionnent un peu pour le progrés de nôtre Jurisprudence, dont on luy a la principale obligation, combien entre ses opinions y en a-t-il, que les Reformateurs des Coutumes ou les Arrests n'ont pas jugé à propos de suivre ? Et ce peu d'opinions en comparaison d'un si grand nombre d'admirables ouvertures & de décisions importantes qu'il nous a données, ayant esté jugées singulieres, ne laissent pas que de donner lieu de conclure que cette Note de Maistre Charles du Molin n'a pas dû prevaloir à l'esprit de la Coutume, ni servir de fondement à l'opinion contraire.

10. Raisons generales de la concurrence de l'oncle & du neveu. Il faut montrer à present que l'oncle ne doit point estre exclus par le neveu, ce qui est le moins difficile dans cette question ; parce que c'est le Droit commun de la France, & que non seulement les Coutumes s'en expliquent, mais qu'elles en rendent encore la raison, comme fait la Coutume de Paris, lorsqu'elle dit en l'article 339. que *l'oncle & le neveu viennent concurremment, comme estant tous deux en pareil degré.* De fait, pour soûtenir l'opinion contraire il faudroit contredire un principe, qui passe neanmoins pour incontestable, qu'en ligne collaterale égale ; par exemple, entre cousins germains l'on succede par têtes, & non point par souches ; ce qui est l'opinion d'Azon *in summa C. de legit. hered. coll. 2 §. item jure novissimo vers. illud dubitari.* Il faudroit dire, que l'on succede par representation & par souches : car l'oncle & le neveu sont certainement en égal degré. En effet, si l'on suppose qu'un homme laisse pour heritiers des neveux de deux branches, & un oncle paternel ou maternel, & si l'on veut que par l'effet de la representation, qui fait monter les neveux en la place de leurs peres, qui estoient freres du défunt, ils excluent leur grand oncle ; il faut dire que ces neveux viennent par representation, & par consequent par souches ; & c'est renverser l'opinion d'Azon.

11. Arrests sur la question. La question s'estant presentée dans la Coutume d'Amiens, qui porte en l'article 70. que *representation a lieu en ligne collaterale, jusques aux enfans des freres & sœurs inclusivement*, pour la succession d'un nommé Caron dans laquelle il n'y avoit que des meubles ; par Arrest prononcé le 24. Mars 1578. rapporté par le Vest Arr. 156. elle fut ajugée aux neveux. Et depuis la même question s'estant presentée pour la Coutume de Vermandois entre les nommez Visiniers & Poussins, l'on a interpreté ces mots de l'article 75. *suivant la raison écrite*, conformément à la Note de Maistre Charles du Molin, & l'on a jugé par Arrest du 29. Janvier 1660. que l'oncle estoit exclus par le neveu pour des propres anciens de la ligne. Cet Arrest, aussi-bien que celuy des Carons, est rapporté dans le Traité d'entre le neveu & l'oncle, comme l'on voit que dans les Coutumes qui n'ont point de pareilles dispositions, par exemple, dans la Coutume de Paris, & dans celle de Senlis, l'on a ajugé les propres, qui estoient en la succession du défunt, propres naissans en directe, au neveu preferablement à l'oncle, quoiqu'ils y viennent concurremment pour les meubles & acquests, & pour les anciens propres. Il y en a un Arrest du 14. Avril 1570. appellé l'Arrest des Juliens, qui a esté rendu pour la Coutume de Senlis, & est rapporté dans le même Traité. Voilà quelle est la Jurisprudence des Arrests : & cela est cimenté par un autre usage, que dans les Coutumes qui admettent la representation en collaterale ou à l'infini, ou jusques aux enfans des freres inclusivement, le partage se fait par souches en égalité de degré : Ainsi cette Jurisprudence est assez égale & uniforme dans ces Coutumes ; car comme on juge que les neveux venant par representation de leur pere excluent l'oncle du défunt, on les fait partager entr'eux, même *in stirpes* ; mais comment accorder cette Jurisprudence avec l'article 76. de la Coutume de Laon, qui dit que les neveux succedant entr'eux partagent par têtes : car si cela est, ils ne viennent point par representation : par consequent estant en pareil degré que l'oncle, & ne montant point dans un degré superieur, par le benefice de la representation, ils doivent partager également avec luy. Outre que, comme il vient d'estre dit, toute cette Jurisprudence estant fondée sur une interpretation d'Irnerius, qui est peu juste, ne devroit exclure l'oncle, qu'en un seul cas, & quand il y a des freres survivans des neveux, & un oncle du défunt ; ce qui est le veritable sens de la Novelle 118. Ainsi sans les préjugez il y auroit lieu d'embrasser cette opinion ; 12. Avis de l'Auteur.
outre que nôtre Droit a quelquefois varié pour des causes moins pressantes. En effet, combien de temps a-t-on jugé que dans les Coutumes qui ne faisoient point mention de l'âge de tester, il falloit suivre le Droit Romain ; aprés quoy par un Arrest solemnel de la grand'Chambre on a renversé toute l'ancienne Jurisprudence, & l'on a jugé que l'on devoit s'attacher à la disposition de la Coutume de Paris : & pour ne point sortir de la matiere des representations, ne verrons-nous pas incontinent, qu'aprés que par une Jurisprudence qui sembloit si bien établie, on avoit toujours jugé que dans les fiefs le frere n'excluoit point la niéce fille d'un autre frere, dont la qualité & le sexe ne luy faisoient point d'obstacle ? on a jugé depuis tout le contraire par l'Arrest de Saintot rendu sur des partages d'opinions : aprés quoy paroissant icy évidemment qu'il y a eu de l'erreur dans l'interpretation d'Irnerius, qui est le fondement & de la Note de Maistre Charles du Molin, & de l'opinion qui va à exclure l'oncle en faveur du neveu : pourquoy ne peut-on pas esperer que l'on changera un jour la Jurisprudence des Arrests, principalement dans les Coutumes, comme celle de Laon, qui faisant partager les neveux par têtes, s'expliquent assez qu'il n'y a point de representation entr'eux, & qu'elle n'a point de lieu en ligne collaterale égale, & que par consequent l'oncle & le neveu estant en cet état doivent venir également à la succession ? cette opinion n'est pas même nouvelle en Vermandois ; puisque Lafond dit avoir un vieux Coutumier qui la suit sur cet article, & qui rapporte deux Arrests pour l'autoriser. Lafond adhere aussi à cet avis.

Nous avons touché, mais nous n'avons pas approfondi icy la question de sçavoir à qui appartiennent les propres naissans, qui se trouvent dans la succession d'un défunt, qui laisse pour heritiers 13. A qui de l'oncle ou du neveu appartiennent les

propres naissans d'un défunt. Renvoy. ritiers un oncle & un neveu : car elle a d'autres principes & un autre lieu, & n'appartient point à la matiere des representations, mais il faut voir au liv. 2. chapitre des propres, sect. 3. nomb. 5. & au liv. 1. le chap. de la succession des collateraux, sect 4. nomb. 4.

14. Si dans la Coutume de Valois le cousin germain vient avec l'oncle du défunt. Nous avons dit au nomb. 2. qu'il y a des Coutumes qui reçoivent la representation au profit des enfans des freres pour venir à la succession de leur oncle ou tante & de leurs cousins germains, & telle est la disposition de l'art. 87. de la Coutume de Valois qui est ainsi conçû : *Item, desormais representation aura lieu en ligne directe* in infinitum : *& quant à la ligne collaterale jusques aux enfans des freres & sœurs inclusivement, lesquels representeront leur pere ou mere pour venir à la succession de leurs oncles ou tantes, & de leurs cousins ou cousines germaines.* On a demandé si dans cette Coutume le cousin germain du défunt pouvoit venir par representation de son pere à la succession de son cousin germain concurremment avec l'oncle du défunt. Car d'un côté l'oncle ayant un degré sur le cousin germain sembloit l'exclure : d'autant plus qu'il est vrai-semblable que cet article n'a voulu dire autre chose, sinon que les cousins germains venoient à la succession de l'un d'eux par souches & non point par testes. Mais d'autre côté l'on a consideré que cette Coutume ne se contentant pas d'admettre la representation selon le Droit commun, & dans le concours seulement des neveux avec les oncles du défunt, l'a établie au profit des enfans des freres pour venir à la succession de leurs cousins germains ; d'où l'on a conclu qu'elle a voulu que les cousins germains se succedassent les uns aux autres, comme representant leurs peres, qui estant oncles du défunt, auroient succedé avec l'oncle qui survit, s'ils avoient aussi survécu, & qu'ainsi les cousins germains vinssent avec les oncles du défunt, ce qui a esté ainsi jugé par Arrest du 17. Février 1653. les noms des parties estoient Maistre Loüis le Chocq sieur de Fondmarin, Receveur des Tailles en l'Election de Crépy en Valois, & Maître Claude du Mont, aussi Receveur des Tailles en la même Election, au nom & comme Tuteur des enfans mineurs de luy & de défunte Damoiselle Anne le Chocq sa femme. [☞ A plus forte raison on juge dans ces Coutumes que le neveu exclut l'oncle, parce qu'il vient toujours par representation, au lieu que l'oncle ne succede que de son chef. Il y en a un Arrest pour la Coutume d'Amiens, en datte du 24. Mars 1578. qui est le 156. dans les Arrests de le Vest.] C'est ainsi que dans les Coutumes qui admettent la representation à l'infini en collaterale, celuy qui represente le plus proche dans chaque ligne sans retrograder audessus du défunt, est préferé à celuy qui represente un plus éloigné, ainsi le neveu exclut le cousin germain. C'est pourquoy cet art. 87. ajoûte aux termes qui viennent d'estre rapportez, *& se feront lesdites representations en telle prérogative, que feroient leurs pere & mere, s'ils estoient vivans.* Le rang du representé reglant ainsi le droit du representant.

15. Quid en Bourbonnois. L'on a formé cette même question dans la Coutume du Bourbonnois dont l'article 306. dit que *les termes de representation en ligne collaterale sont des freres & des sœurs ou de leurs enfans* : & l'on a demandé si dans cette Coutume le cousin germain du défunt ne venoit pas en concurrence avec l'oncle du défunt : puisque le cousin germain & le défunt estoient enfans des freres, & que les termes de la Coutume établissent la representation au profit des enfans des freres, à l'*instar* de ce qui a esté jugé pour la Coutume de Valois, comme il vient d'estre dit au nombre precedent. Cependant la plus commune opinion est, que l'oncle exclut le cousin germain du défunt, & que cet article décide seulement que les enfans des freres du défunt, venant entr'eux à la succession de leur oncle partagent par souches, mais non pas que la representation ait lieu au profit des enfans des oncles du défunt. Ces mots de la Coutume *des freres ou sœurs, ou de leurs enfans*, determinant la qualité de ceux qui succedent, & non de celuy à qui l'on doit succeder. Tellement que les seuls neveux du défunt y sont compris comme estant enfans des freres ou sœurs du défunt, & non les cousins germains du défunt qui sont enfans des oncles du défunt ; quoique le défunt & eux fussent tous enfans des freres. Ainsi cet article présuppose, en ce cas, que l'oncle est préferé au cousin germain, *avunculo priori*. Aussi il ne va pas si loin que l'article 87. de la Coutume de Valois, qui aprés avoir appellé les enfans des freres à la representation ajoûte, *lesquels representeront les pere ou mere pour venir à la succession de leur oncle ou tante, & de leurs cousins ou cousines germaines.* Enfin, cette question est décidée pour une Coutume semblable qui est la Coutume de Montfort, dont l'art. 103. porte, *en ligne directe representation a lieu infiniment, & en ligne collaterale jusques aux enfans des freres & sœurs inclusivement, selon la raison écrite.* Car il y a eu Arrest dans cette Coutume le 7. Septembre 1565. qui est le 80. des Arrests de le Vest, lequel a jugé que l'oncle devoit estre préferé aux cousins germains.

Dans la même Coutume de Bourbonnois tous ceux qui sont dans les termes de representation en degré égal ou inégal viennent par souches, mais c'est une question que de sçavoir ; Si les enfans des freres qui sont entr'eux cousins germains, venant à la succession de leur oncle, sans qu'il y ait de frere qui survive ; sont dans les termes de representation ? Ce qui dépend de la maniere dont la Coutume est conçûë : car si on lit dans cet article 306. comme il vient d'estre dit, *sont des freres & sœurs ou de leurs enfans*, il est, sans doute, que dans cette espece les neveux, qui sont entr'eux cousins germains, viendront par souches à la succession de leur oncle, mais si l'on lit, comme des personnes tres-dignes de foy m'ont assuré qu'il y avoit dans l'original qui est au Greffe de Moulins, *& de leurs enfans*, cette conjonctive semble desirer qu'il y ait des freres & sœurs avec des neveux : Ainsi en nôtre espece où il n'y a que des neveux, ils ne seront point reputez dans les termes de representation, & ne partageront pas par souches, mais par testes. Nous avons observé ci-dessus quel est l'usage en cette Province, sect. 1. de ce chapitre nomb. 21.

16. Si la renonciation d'un frere legataire donne lieu aux neveux de diverses branches de venir par souches à la succession. Il se presente une question assez importante sur la representation des neveux que nous avons déja touchée au livre 1. chapitre des successions collaterales, mais qu'il faut approfondir icy davantage ; qui est de sçavoir si la renonciation d'un frere du défunt faite moyennant un legs testamentaire, dont il declare estre content, & en consequence ne vouloir point venir à la succession, donne lieu aux enfans de deux autres freres prédecedez de venir par representation & par souches à la succession : ou s'ils doivent venir par testes ?

Raisons pour le partage par testes.

La branche de neveux qui a interest de venir par testes au partage de la succession, dit qu'elle est en regle, & que leur oncle ayant re-

noncé doit estre consideré pour mort suivant la maxime ordinaire, *renuntians pro nullo habetur*, qu'ainsi, en quelque nombre que soient les neveux qui concourent pour le partage de la succession, ils doivent venir également & chacun pour sa virile portion; *L. 2. ff. de suis & legit. hered. l. §. 2. instit. de legit. success. §. 4. Auth. Cessante C. de legit. hered.* Ce qui a esté suivi par le reglement de 1526. elle ajoûte que cette renonciation a son effet retroactif au temps du decés, qu'ainsi le renonçant est censé n'avoir jamais esté saisi. Enfin, que s'il renonce *aliquo recepto* & moyennant un legs testamentaire, ce n'est pas une raison pour le considerer comme heritier; Au contraire cela luy ôte toute sorte d'impression de la qualité d'heritier, puisque nul ne peut estre legataire & heritier en quelque ligne que ce soit, le legataire qui renonce moyennant un legs, n'étant pas plus consideré dans la succession qu'un donataire étranger.

Raisons pour le partage par souches.

Au contraire les neveux qui estant en moindre nombre ont interest de venir par souches, disent en premier lieu que leur oncle n'auroit pas renoncé, s'il n'avoit eu dans son legs autant qu'il luy appartenoit dans la succession *ab intestat*, en la partageant par souches avec l'un & l'autre branche de neveux, qu'ainsi puisqu'il est reputé avoir pris sa part, ou la valeur de ce qu'il auroit eu dans un partage par souches, il est juste que le reste de la succession se partage aussi par souches.

En second lieu, la renonciation qui se fait *aliquo recepto* se considere en beaucoup de cas, comme une acceptation & principalement lorsqu'il s'agit de conserver l'ordre que la Loy établit pour les successions.

Le premier cas est, que si un fils renonce à la succession de son pere pour y faire venir ses enfans avec des cousins en pareil degré, ses enfans ne viendront pas même *jure suo & ex successorio edicto*, supposé qu'il ait renoncé *aliquo recepto*, non seulement parce qu'il est vivant & que l'on ne represente point un homme vivant; mais à cause que dés que le fils renonce *aliquo recepto*, il est censé partagé, & ainsi ses enfans ne doivent point venir à la succession.

Le second cas est, lorsqu'un des enfans renonce à la succession du pere *aliquo recepto*, & que cette renonciation produisant un droit d'accroissement au profit des autres enfans, produit aussi un droit de reliefs pour les fiefs selon l'article 6. de la Coutume de Paris: car l'on juge que le fils qui renonce *aliquo recepto* est heritier, & qu'ensuite il traite avec ses freres, ce qui produit un relief.

Le troisiéme cas est, que si le fils aîné donataire renonce à la succession, il n'y a point de droit d'aînesse entre ses puînez suivant l'article 27. de la Coutume de Paris. Et cela, parce qu'il est présumé avoir pris son droit d'aînesse & une part hereditaire.

Le quatriéme cas est, que l'enfant qui renonce *aliquo recepto* fait part dans la legitime des autres enfans. *Molin. Cons. 35. n. 9. 10. 11. & 12.* Et il ne faut point dire contre ces exemples qu'ils sont pour la directe, où l'égalité est plus précisément requise. Car il ne s'agit pas icy de l'égalité des personnes, mais de celle des branches, que la Coutume a voulu une fois conserver en admettant les neveux à succeder avec leurs oncles freres du défunt par representation de leur pere, & les faisant succeder par souches, laquelle égalité elle a autant desirée, en ce cas, dans la collaterale que dans la directe.

En troisiéme lieu, si l'opinion contraire avoit lieu, il s'ensuivroit qu'un frere du défunt ayant dans son legs la valeur de sa part afferante en la succession pourroit gratifier telle branche de ses neveux que bon luy sembleroit. Car en se portant heritier il donneroit lieu au partage par souches, & feroit plaisir à la branche dont il y auroit moins de neveux, & en renonçant il feroit que la succession de son frere se partageroit par testes. Or il vaut mieux s'attacher à ce qu'il fait actuellement qu'à la maniere dont il agit selon les divers motifs qu'il peut avoir, & il faut conclure que, puisqu'il prend la valeur de sa part, c'est une branche qui a déja son partage, & que cela doit donner lieu de partager par souches le reste de la succession. Voilà les raisons de cette opinion ausquelles j'adhere. Aussi elle se trouve autorisée par un Arrest du 9. Juillet 1602. rendu pour la Coutume d'Orleans, lequel est rapporté par Maître René Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 5. par la Lande sur l'article 319. de la Coutume d'Orleans, & par Charondas sur l'art. 320. de la Coutume de Paris.

Je n'estime pas que l'Arrest du 26. Juillet 1672. 17. Réponse à un Arrest.
qui est dans la seconde partie du Journal du Palais, au Journal du 30. Mars 1673. ait rien jugé de cette question; quoique plusieurs ne manqueront pas de l'alleguer pour appuyer l'opinion contraire à la nôtre. L'espece estoit qu'un nommé Pierre de Meusle Prestre, qui demeuroit & avoit ses biens au Perche, avoit pour heritiers présomptifs une sœur nommée Marie, & un neveu & trois niéces tous enfans de Gabriël de Meusle son frere qui estoit prédecedé. Sa sœur & luy se firent un don mutuel au profit du survivant des deux, de tous leurs meubles & acquests, & de l'usufruit de leurs propres. Ensuite il deceda & laissa Marie Meusle sa sœur & sa donataire, laquelle joüit de tous ses biens & même aliena quelques-uns des propres & deceda ensuite. Entre les neveux, enfans de Gabriël de Meusle, il y eut procés pour les propres feodaux de Pierre de Meusle, dont Marie sa sœur n'avoit dû avoir qu'un simple usufruit en qualité de donataire; quoiqu'elle en eût vendu quelques-uns: Le neveu prétendant donnant l'exclusion à ses sœurs dans ces biens, en vertu de l'article 157. de la Coutume du Grand Perche qui porte, *qu'en succession collaterale soit noble ou roturiere les mâles excluent les femelles ès heritages propres du défunt tenus en foy & hommage, sinon que les filles representassent l'hoir mâle; auquel cas elles prennent part esdits heritages qu'eût fait l'hoir mâle*, & il appuya cette exclusion sur deux moyens. Le premier, qu'il venoit avec ses sœurs en pareil degré, & sans aucun benefice de representation, parce que Marie Meusle leur tante n'avoit pas esté heritiere mais donataire. Le second, que quand on supposeroit que Marie Meusle leur tante auroit esté heritiere & donataire, cela n'empêcheroit pas cette exclusion, le neveu excluant sa tante pour les fiefs, excepté à Paris, & à plus forte raison sa sœur; mais principalement dans la Coutume du Grand Perche, qui établit indéfiniment cette exclusion en ligne collaterale pour les propres feodaux.

Ce fut sur ces deux moyens que par cet Arrest l'on ajugea les propres feodaux au neveu, & à dire le vray, l'on jugea la chose par le second moyen, car il estoit mal-aisé de se défendre que Marie Meusle n'eût pas esté heritiere, puisqu'elle avoit

vendu de ces propres, ce qui ne luy estoit pas permis aux termes de la donation: Aussi avoit-elle pû estre donataire & heritiere en ligne collaterale. Ainsi l'on ne jugea pas que la sœur d'un défunt qui est simple donataire, donne lieu à un partage par souches, mais bien que celle-cy estant donataire & heritiere, quoique l'on partageât par representation & par souches, le neveu donnoit l'exclusion à ses sœurs en cette Coutume pour les propres feodaux.

SECTION IV.

De la Representation dans les Fiefs.

SOMMAIRE.

1. *Partage de la matiere.*
2. *Si en directe le representant, nonobstant le défaut de son sexe, a les prerogatives du representé.*
3. *Si le même a lieu en collaterale. Subdivision.*
4. *Si la niéce, fille d'un frere, est excluse dans les fiefs par un frere du défunt.*
5. *De la concurrence d'une sœur, d'un neveu fils d'un frere, & d'un neveu fils d'une autre sœur.*
6. *Que cette derniere espece confirme, qu'en ces matieres l'on prend l'exclusion* ex quocumque defectu.
7. *Exception à l'égard des Coutumes, qui disent que la femelle en degré plus proche, exclut le mâle plus éloigné, & que dans ces Coutumes la representation sauve l'exclusion.*
8. *Si les neveux enfans des freres excluent les tantes dans les fiefs.*
9. Quid *dans les Coutumes qui n'en parlent pas.*
10. Quid *dans les Coutumes qui comparent les representations des lignes directe & collaterale l'une avec l'autre.*
11. *Si la representation empêche l'exclusion active, exemple dans les Coutumes où elle a lieu à l'infini, comme au Perche.*

1\. Partage de la matiere. L'On peut reduire la matiere de la representation dans les fiefs à deux questions principales. La 1. de sçavoir, si le representant se peut prévaloir des prérogatives du representé, sans souffrir de son propre défaut. La 2. si le representant se peut prévaloir de ses prérogatives naturelles, sans souffrir du défaut de la personne representée.

La premiere question principale est double: car elle peut estre agitée dans la matiere du droit d'aînesse en directe, & dans celle de l'exclusion des femelles en collaterale.

2\. Si en directe le representant nonobstant le défaut de son sexe, a les prérogatives du representé. On demande si en directe le representant, nonobstant le défaut de son sexe, a les prérogatives du representé, & si une fille succede au droit d'aînesse, qui auroit dû appartenir à son pere, s'il n'estoit pas prédecedé? & l'on peut répondre, generalement parlant, pour l'affirmative: c'est la disposition de l'art 324. de la Coutume de Paris, de l'art. 105. de celle de Montfort, & de plusieurs autres. Mais il y a plusieurs Coutumes qui sont contraires, comme celle de Vitry, tit. des Success. art. 66. celle de Troyes, art. 92. celle de Reims, art. 50. celle d'Auxerre, art. 56. celle de Laon, art. 156. celle de Nivernois, chap. 35. art. 4. & dans toutes ces Coutumes le défaut du sexe fait obstacle aux filles qui viennent par representation, & les empêche de profiter du droit d'aînesse de leur pere.

Entre ces dispositions, il semble que celle de la Coutume de Paris doit passer pour la plus juste, à cause de l'identité des personnes en ligne directe. Car la fille est bien plus la même personne que son pere prédecedé, par rapport à la succession de son ayeul, que par rapport à la succession d'un oncle, l'ayeul par une inclination naturelle regardant ses petits enfans, comme ses premiers enfans. Aussi je vois qu'avant la reformation de la Coutume de Paris, l'on jugeoit ce qu'elle établit sur ce sujet. Il y en a un Arrest du 19. Juillet 1550. qui est le 41. de ceux de le Vest. Et le 7. Septembre 1553. l'on jugea la chose en plus forts termes, & que dans l'ancienne Coutume de Melun, qui n'admettoit point de representation en ligne directe, la representation ayant esté stipulée par le contrat de mariage du fils aîné, sa fille succedoit à son droit d'aînesse: ce qui semble décider qu'il suffit, que la convention, ou la Coutume établisse la representation, pour faire que la fille de l'aîné succede à son droit d'aînesse, comme un fils mâle auroit pû faire. Il y a quelque chose de semblable dans la Coutume de Normandie, qui reglant que l'aîné, tant roturier, que noble, est saisi de toute la succession, jusqu'à ce que ses puînez luy demandent partage, & l'art. 238. étendant cela au fils de l'aîné qui est prédecedé, Basnage dit, que le même a lieu au profit de la fille. Il y a aussi quelque chose d'approchant dans les exclusions des filles dotées, & dans les renonciations: car l'on juge dans les Coutumes, où la fille dotée est excluse de la succession, qu'encore que cette exclusion n'ait lieu qu'en faveur des mâles; neanmoins la fille d'un mâle prédecedé peut donner cette exclusion à sa tante. De même si une fille renonce en faveur des mâles, & qu'il ne reste qu'une fille d'un mâle, elle exclut sa tante qui a renoncé.

Pour ce qui est de l'exclusion des fiefs en ligne collaterale, la question est encore double: car l'on peut demander si le representant peut se prévaloir des prérogatives du representé, nonobstant son propre défaut à l'effet de n'estre pas exclus, & en second lieu, s'il s'en peut même prévaloir à l'effet d'exclure? 3. Si le même a lieu en collaterale. Subdivision.

L'on demande donc, au sujet de cette premiere question principale, si la niéce fille d'un frere est excluse dans les fiefs par un frere du défunt. 4. Si la niéce fille d'un frere est excluse dans les fiefs par un frere du défunt.

Raisons pour l'oncle.

La raison de l'affirmative est, que la masculinité prévalant en égal degré, elle doit prévaloir, à plus forte raison, contre celuy qui ne vient que par le benefice de la representation, & qu'une niéce qui seroit excluse, si elle estoit sœur, le doit estre, à plus forte raison, en venant avec ses oncles freres du défunt, d'autant plus, que le representant, à la difference de celuy en qui se fait la transmission, ne tient rien que le lieu & la place de la personne representée; au lieu duquel il

succede, montant d'un degré, & n'estant reputé la même personne que le défunt, que pour la prérogative du degré, & non pour les qualitez personnelles : ce qui a son fondement dans les termes de la Novelle 118. chap. 1. qui dit, *in proprii parentis locum succedere.* Voilà tout l'effet de la representation : aussi un incapable ne pourroit pas succeder par la representation d'une personne capable, & au contraire, une personne capable vient par representation d'un incapable, dont la personne ne sert, ni ne nuit, selon l'art. 322. de la Coutume de Bourbonnois, & le 97. de celle de Sens ; ce qui justifie que le representant ne tient rien de la personne representée que son lieu & sa place, & qu'on le juge par ses propres qualitez, & non par celle du representé.

Il y a donc deux moyens qui soutiennent l'affirmative, lesquels il ne faut jamais diviser, le premier, la faveur de la masculinité, le second, la proximité du degré : car sans ce dernier, l'autre ne suffiroit pas. En effet, si l'on se fondoit seulement sur cette maxime que le representant ne fait qu'entrer dans la place du representé, il s'ensuivroit que les mâles venant d'une sœur, succederoient avec leur oncle dans les fiefs d'un autre oncle : ce qui est contre la disposition de l'art. 322. de la Coutume de Paris. C'est pourquoy il faut principalement appuyer cette opinion, qui est la plus saine, sur la faveur de la proximité, & dire, qu'encore que l'on reçoive la representation dans les fiefs, aussi-bien qu'à l'égard de toute autre sorte de biens ; neanmoins celuy qui vient par representation n'estant jamais si favorable, que celuy qui est en plus proche degré, le moindre défaut suffit pour l'exclure des fiefs, soit que le défaut vienne de son chef, en collaterale principalement, soit qu'il vienne du chef de la personne representée. C'est pourquoy le fils de la sœur, qui vient par representation avec ses oncles, est exclu des fiefs par le défaut de la personne representée, & la fille du frere, par son propre défaut, *malum ex quocumque defectu.* Autre chose est en directe, où l'égalité estant plus naturelle, l'exclusion n'y a point de lieu, & où l'identité de la fille & du pere se considere davantage : ce qui fait qu'elle succede au droit d'aînesse que le pere auroit eu, sans son prédecés. Enfin, cette opinion a ses sectateurs, comme Bartole sur la Loy *Liberorum ff. de verb. signif.* & Socinus, conf. 168. nomb. 46.

Raisons pour la niéce.

L'opinion contraire a ses raisons, ou ses pretextes : car il semble qu'elle peut estre appuyée de la disposition de l'art. 322. de la Coutume de Paris, lequel décidant, que les neveux enfans d'une fille sont exclus dans les fiefs par leurs oncles freres du défunt, semble vouloir que les niéces filles d'un frere, y puissent estre admises, quoiqu'il n'y ait rien de moins sûr que ces argumens *à contrario*, comme l'a tres-bien enseigné le President Evrard. L'on fait plusieurs autres argumens pour cette même opinion, mais qui allant la plûpart à confondre les deux lignes, la directe & la collaterale, qui ont à cet égard même leurs differences, comme aussi à confondre la transmission, où l'on succede à un droit échû à celuy qui transmet & *jure alieno*, avec la representation, où l'on succede à un droit, lequel en collaterale n'a pas esté seulement commencé en la personne de celuy que l'on represente, & où par consequent l'on succede *jure proprio*, il seroit inutile de les rapporter icy. Il faut seulement ajoûter, que l'on peut encore alleguer pour cette opinion la nouvelle disposion de la Coutume d'Orleans, laquelle décide en l'art. 321. que *la fille venant du mâle represente son pere en la succession de son oncle decedé, avec le frere du decedé, oncle de ladite fille.* Car cet article est précis pour cette derniere opinion.

L'ancienne Jurisprudence l'avoit aussi confirmée. Il y en a un Arrest du 21. Mars 1631. dans cette espece. Jacques Berout avoit laissé pour heritiers un frere nommé Mathurin Berout, une sœur nommée Claude Berout, & trois niéces, filles d'un autre frere qui estoit prédecedé, & entr'autres biens un fief situé dans le ressort de la Coutume de Paris, auquel il estoit déja constant que la sœur ne pouvoit avoir de part, suivant l'art. 25. de cette Coutume. Ainsi la difficulté estoit entre ces niéces, enfans de ce frere prédecedé, & le frere survivant nommé Mathurin Berout, pour sçavoir s'il les excluoit, ou si elles devoient partager ce fief avec luy, & Messieurs des Requestes du Palais ayant jugé l'exclusion par Sentence du 21. Janvier 1625. il y en eut appel par les niéces, sur lequel la Cour rendit un Arrest interlocutoire le 6. Avril 1626. portant qu'il seroit fait enquestes par turbes au Chastelet de Paris, sur l'usage de l'art. 322. de la Coutume, & pour sçavoir s'il s'observoit à sens contraire, & si estant décidé dans cet article que dans la succession des oncles, les neveux enfans des sœurs estoient exclus dans les fiefs par leurs oncles freres du défunt ; *à contrario* les filles enfans des mâles venoient en concurrence avec eux : ce qui ayant esté executé, il arriva que les Conseillers qui composoient la premiere turbe, furent partagez de cinq contre cinq, & l'autre estant de sept Procureurs & trois Avocats, & les Procureurs ayant donné leur avis pour admettre les niéces, & les trois Avocats le leur pour les exclure, il intervint cet Arrest du 11. Avril 1631. qui admit les niéces, & cette Jurisprudence a esté long-temps suivie, & jusqu'à l'Arrest appellé au Palais l'Arrest de Saintot du 23. Février 1663. rapporté dans le second volume du Journal des Audiences, liv. 5. chap. 32. qui a jugé le contraire, & qu'en la succession d'un oncle la niéce estoit excluse dans les fiefs par ses autres oncles freres du défunt, à cause de la masculinité, & de la proximité du degré.

Si l'on peut argumenter de la succession de la Couronne aux successions ordinaires des fiefs : l'on suivit cette décision dans la succession du Roy Charles le Bel, à laquelle Philippe de Valois son cousin germain, fils de Charles Comte de Valois son oncle, vint par préference à Edoüard III. Roy d'Angleterre son neveu, & fils d'Isabeau sa sœur, parce que cette sœur du Roy n'auroit pû elle-même succeder à la Couronne. Et la generosité de la Nation ne pouvant pas s'accommoder de l'empire des femmes, elle en rejette même la posterité. Mais il y a icy une exclusion absoluë contre le sexe ; au lieu que dans les fiefs il n'y a qu'une simple préference en faveur des mâles, dans la seule ligne collaterale.

5. De la concurrence d'une sœur, d'un neveu fils d'un frere, & d'un neveu fils d'une autre sœur.

L'on demande encore si un défunt laissant une sœur, un neveu enfant d'un frere, & un autre neveu enfant d'une autre sœur, ce dernier doit estre exclu dans les fiefs : car il est déja certain aux termes de l'art. 323. de la Coutume de Paris, que la sœur n'en est pas excluse : Et à l'égard de ce neveu fils d'une sœur, l'on a soutenu que comme sa mere auroit esté excluse par son frere pere de cet autre neveu, il le devoit estre par son cousin, qu'à la verité, le neveu fils du frere n'excluoit

pas sa tante, à cause de la proximité du degré de sa tante, & pour éviter la double fiction, mais qu'il avoit l'avantage d'estre né d'un mâle, au lieu que l'autre neveu est né d'une fille, & ne repare point ce défaut de sa naissance par un degré plus proche. Qu'enfin, l'art. 322. de Paris y est précis, lorsqu'il exclut les enfans de la sœur de venir par representation dans les fiefs, & declare qu'ils ne peuvent y estre admis, comme leur mere, venant à la succession avec ses freres, ne l'auroit point esté, & que dés le moment que l'on suppose un neveu venir à la succession par la representation d'un frere du défunt, il faut aussi supposer l'exclusion des enfans de la sœur, le frere representé excluant la sœur representée. Ce qui a esté ainsi jugé par l'Arrest du 16. Juillet 1660. quoiqu'il y en eût un précedent du 28. Mars 1648. qui avoit jugé le contraire, & ces deux Arrests sont rapportez par Maistre Jean Marie Ricard, sur l'art. 322. de la Coutume de Paris: Or dans cette espece, si l'on s'en tient à l'Arrest du 16. Juillet 1660. la representation cause l'exclusion passive, & l'on juge que dans la concurrence de deux neveux qui viennent l'un & l'autre par representation, à cause d'une tante sœur du défunt qui est au second degré, celuy qui represente le mâle exclut celuy qui represente la femelle: ce qui confirme encore, qu'en cette matiere les exclusions viennent *ex quocumque defectu*, soit du défaut du representant, comme en l'espece précedente, soit du défaut du representé, comme en celle-cy: ce qui est un effet du privilege de la masculinité, & un vestige que nous avons conservé de l'ancien Droit des Fiefs. Voilà donc deux choses à observer. La 1. que la representation ne sauve pas de l'exclusion qui vient du sexe du representant. La 2. qu'elle jette dans l'exclusion du chef de la personne representée.

6. Que cette derniere espece confirme, qu'en ces matieres l'on prend l'exclusion *ex quocumque defectu*.

Au contraire, dans les Coutumes qui portent, qu'en pareil degré le mâle exclut la femelle, mais que la femelle estant en plus proche degré exclut le mâle même dans les fiefs, la representation sauve cette derniere exclusion, & un neveu fils d'une sœur du défunt, n'est pas exclu par sa tante sœur du défunt, parce que dés que la Coutume donne aux mâles le droit d'exclure en pareil degré dans les fiefs, & qu'elle accorde aux neveux le droit de representation, elle présuppose qu'un neveu ne sera pas exclu par sa tante. Il y en a un Arrest du 5. Avril 1541. rendu en interpretation de l'art. 59. de la Coutume de Vitry, & rapporté par le Vest, Arr. 19. & un semblable du 22. Mars 1558. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nombre 9. Arr. 18.

7. Exceptiõ à l'égard des Coutumes qui disent que la femelle en degré plus proche exclut le mâle plus éloigné, & que dans ces Coutumes la representation sauve l'exclusion.

Pour sçavoir à present si le representant ne se peut pas prévaloir des prérogatives du representé, à l'effet de donner l'exclusion aux femelles en ligne collaterale, l'on peut demander, 1. Si les neveux enfans des freres excluent leurs tantes pour les fiefs de la succession de leur oncle, & l'on sçait que l'art. 323. de la Coutume de Paris est formel pour la negative. Aussi l'art. 25. n'établit l'exclusion qu'en pareil degré. En effet, quelque fiction que produise la representation, elle ne peut pas faire que le neveu ne naisse en un degré plus éloigné que la sœur: ainsi il semble que cette exclusion seroit injuste & contre l'esprit de la Coutume. Outre que pour cette même exclusion, il faudroit un concours de deux privileges, l'un à l'effet de representer, l'autre pour exclure. Mais, dira quelqu'un, pourquoy en cette espece les neveux enfans d'un frere, ne se prévaudront-ils pas des prérogatives que leur pere, qu'ils representent, avoit sur leur tante, puisqu'ils souffrent bien des avantages que leur oncle avoit sur leur mere, estant exclus par luy des fiefs de la succession, selon l'art. 322. de la même Coutume. A quoy je réponds, que la raison est, que le frere & la sœur sont toûjours plus favorables, que les neveux, & c'est la raison de l'Arrest de Saintot, où la proximité a beaucoup aidé à faire juger, que le frere du défunt exclut sa niéce fille d'un autre frere: l'on a donc eu beaucoup d'égard en tous ces cas à la proximité.

8. Si les neveux enfans des freres excluent les tantes dans les fiefs.

Nostre question est neanmoins susceptible de difficulté à l'égard des Coutumes qui n'ont point de disposition semblable à la Coutume de Paris; & même j'inclinerois à dire que dans ces Coutumes, le neveu fils d'un frere, exclut dans les fiefs sa tante sœur du défunt, par l'effet de la representation, parce que c'est une maxime, que *tantum operatur fictio in casu ficto; quantum veritas in casu vero*, & deslors qu'on admet la representation, il faut donner au representant, en le supposant monté d'un degré, toutes les prérogatives de son âge & de son sexe. Et c'est l'opinion de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 96. de la Coutume de Chartres, quoique cette Coutume n'accorde l'exclusion aux mâles, qu'en pareil degré, & sur l'art. 109. de la Coutume de Montfort-Lamaury. Enfin, cela a ses préjugez, qui sont deux Arrests rapportez par le même en cette Note, sur la Coutume de Chartres, & un rendu en interpretation des art. 59. & 66. de la Coutume de Vitry: ce qui a esté traité plus amplement, liv. 2. chap. de la success. des fiefs, sect. 2. nomb. 11. où nous avons fait voir que ce cas ne produit point deux fictions, ni deux privileges, mais que le droit d'exclusion est la suite du droit de representation.

9. Quid dans les Coutumes qui n'en parlent pas.

De même, quand une Coutume joint la representation en directe, avec la representation en collaterale, & qu'elle donne en même temps, & par la même disposition, au representant en directe, les prérogatives du representé, l'on présume qu'elle veut que la même chose soit observée pour la representation en ligne collaterale, & que le neveu fils d'un frere exclue sa tante dans les fiefs. C'est ce que l'on a inferé de l'art. 66. de la Coutume de Vitry, qui porte, qu'*en ligne directe representation a lieu, & represente le fils en la personne de son pere, mêmement en droit d'aînesse, mais la fille du fils aîné ne represente audit droit d'aînesse son pere en la succession de son ayeul ou ayeule, quand il y a fils oncle de ladite fille. Toutefois audit cas, elle prendra en telle succession en terres nobles, autant qu'un fils puiné en terres nobles: nonobstant que par autre Coutume les deux filles ne prennent qu'autant qu'un fils en terres nobles; & en ligne collaterale, representation a lieu jusqu'aux enfans des freres inclusivement.* A quoy l'on peut joindre la disposition de l'art. 59. de la même Coutume, qui porte, que *si les freres survivans ont des sœurs, lesdites sœurs ne prennent aucune chose en la succession avec lesdits freres en terres nobles & feodales, parce qu'en ligne collaterale le mâle exclut la femelle quand ils sont en pareil degré: autre chose seroit si ladite femelle estoit en degré plus prochain: car en ce cas, elle excluroit ledit mâle.* Et il estoit necessaire de rapporter toutes ces dispositions, pour faire voir l'esprit de la Cour, & que si elle jugea l'exclusion de la tante dans cette Coutume, où la fille de l'aîné n'a pas tout-à-fait le préciput de son pere, & où il est dit d'ailleurs, que la femelle en plus proche degré, exclut

10. Quid dans les Coutumes qui comparent les representations des lignes directe & collaterale l'une avec l'autre.

le mâle en degré plus éloigné, & cela, sur le seul fondement que cet art. 66. qui conserve à la fille de l'aîné quelque portion du préciput de son pere, mais qui ne luy laisse pas en son entier, joint & accouple les representations des deux lignes : A plus forte raison, cela se devroit ainsi juger dans un autre Coutume qui n'auroit point de disposition semblable à l'art. 25. de Paris, & qui compareroit & accoupleroit la representation des deux lignes : ce qui confirme encore la décision cy-dessus, que dans les Coutumes qui n'empêchent point formellement, que le neveu fils du frere n'excluë sa tante, il a droit de luy donner cette exclusion dans les fiefs.

11. Si la representatio empêche l'exclusion active : exéple dans les Coutumes où elle a lieu à l'infini, comme au Perche.

De même, la representation ne fait pas obstacle à l'exclusion active : ce qui se peut verifier dans certaines Coutumes qui admettent la representation à l'infini, tant en directe, qu'en collaterale. Car j'estime qu'en ces Coutumes le neveu fils d'une sœur exclut la niéce fille d'une autre sœur, à l'égard des biens feodaux, parce qu'entrant chacun à la place de leurs pere & mere, ils conservent chacun les prérogatives ou le défaut de leur sexe : ainsi le neveu exclut la niéce, nonobstant que l'un & l'autre viennent par representation d'une fille. L'on ne voit pas que cela se soit presenté précisément dans cette espece, mais bien à l'égard d'un petit-neveu, petit-fils d'une sœur & d'une petite niéce, petite-fille d'une autre sœur, le tout dans la Coutume du Perche, qui dit en l'art. 151. que *representation a lieu à l'infini, tant en directe, qu'en collaterale*, & ajoûte, *& succedent les descendans en collateraux du défunt, estant entr'eux en pareil ou inégal degré par souches & non par testes*, sur lequel article Maistre Charles du Molin a fait cette Note, *etiamsi sint in æquali gradu, quia sic est in linea directa virtute representationis §. cum filius instit. de heredit. quæ ab intest. defer. ergo idem in collaterali per hanc consuetudinem, quæ utramque lineam in hoc æquiparat*, & en l'art. 157. que *les mâles excluent les femelles és heritages propres tenus en fief ; sinon que les femelles representassent le mâle*. Et la petite niéce ayant prétendu que comme son cousin ne venoit, non plus qu'elle, que par representation d'une fille, & que leurs meres ne se feroient point excluses l'une l'autre, aussi il ne devoit point y avoir d'exclusion entr'eux, & le petit-neveu au contraire, que pour changer de place, il ne perdoit pas les prérogatives de son sexe, l'on interloqua sur l'usage des lieux, dont on ordonna qu'il seroit fait enquestes par turbes. Ainsi la Cause ne fut point alors jugée. Mais il semble que l'usage à part, auquel l'on a toûjours bien du sujet d'avoir égard, elle le doit estre en faveur du petit-neveu, suivant les principes qui viennent d'estre établis, & parce que le sexe de la personne representante, doit prévaloir, pour l'exclusion active, à celuy de la personne representée.

L'on a encore proposé cette question en interpretation de l'article 178. de la Coutume de Peronne, si cet article appellant aux fiefs, qui se trouvent en succession collaterale, le plus prochain mâle aîné, s'entend du plus prochain, soit par representation, soit autrement, ou s'il s'entend précisément du plus prochain : ensorte qu'il admette le dernier frere au préjudice des enfans de l'aîné qui est prédecedé ? Cela s'est presenté en cette espece. Jean, Henri & Paul Caignard estoient freres, Henri deceda le premier laissant Henri son fils, Jean deceda ensuite, laissant pour heritiers Henri son neveu, & Paul son frere puîné : La question a esté de sçavoir, si Henri neveu avoir succedé aux fiefs de Jean par préference à Paul Caignard son oncle, ou s'il avoit esté exclu par son oncle ? Il estoit certain que, selon la disposition de la Coutume de Peronne, les fiefs sont impartables dans la collaterale : L'on ne doutoit pas non plus que la representation n'eût lieu dans cette Coutume en ligne collaterale aux termes de Droit, & jusques aux neveux venant avec leurs oncles. Sur ce fondement Henri Caignard demandoit ces fiefs, comme representant l'aîné : Paul les prétendoit, comme estant le plus prochain mâle aîné, son neveu, quelque representation qu'il pût avoir, ne pouvant jamais estre aussi proche que luy.

Raisons de l'oncle.

L'oncle s'attachoit au texte de la Coutume, qui dit, en l'article 178. *Et s'il n'y a freres ne sœurs le plus prochain collateral mâle aîné venant du plus âgé mâle, succede entierement ausdits fiefs*. D'où, disoit-il, il est aisé de conclure que la Coutume n'admet la representation dans les fiefs en ligne collaterale, qu'au cas qu'il n'y ait ni freres ni sœurs, & par consequent estant frere du défunt, il empêche que la representation n'ait lieu au profit d'Henri Caignard pour les fiefs de la succession de Jean. En effet, il semble que cette Coutume qui rend les fiefs impartables en ligne collaterale, comme il paroist par l'article 176. n'ait pas jugé à propos de donner cet effet à la representation, que le neveu venant par representation dût avoir tous les fiefs, & comme elle a voulu soutenir cette Loy de l'indivisibilité, elle a mieux aimé preferer l'aîné des freres survivans, que d'appeller le neveu fils de l'aîné des freres, par préference à ses oncles. La raison qu'elle a euë pour postposer le neveu, a esté que l'oncle avoit les trois conditions necessaires. La premiere, qu'il estoit du sexe masculin. La seconde, qu'il estoit en un degré plus proche. La troisiéme, qu'il estoit l'aîné de son degré. Et il y a en ceci une difference essentielle entre la ligne directe, & la ligne collaterale : car en directe, l'aîné ayant eu un droit anticipé sur les biens du pere, nonseulement pour une portion égale dans les autres biens, mais pour son préciput & principal manoir dans les fiefs, & pour sa plus grande portion au résidu, lorsqu'il prédecede, il laisse ce droit en sa succession : ensorte qu'il est juste que ses enfans, qui le representent, succedent à son droit d'aînesse. Il n'en est pas de même en ligne collaterale, où le frere n'ayant point de droit sur la succession future de son frere, quand l'aîné des freres vient à deceder, le droit d'aînesse, que la Coutume luy auroit donné dans les fiefs, s'il avoit survécu au dernier mort, est dévolu naturellement à l'aîné des freres qui survivent, & ne passe point aux enfans de ce frere aîné, qui est prédecedé, parce qu'il est vray de dire qu'il est l'aîné dans la succession, puisqu'il se trouve tel au jour du decés du dernier decedé.

La proximité & l'aînesse sont si fort requises dans cette Coutume pour obtenir en collaterale les fiefs qu'elle déclare impartables, que non contente d'avoir desiré cette condition dans cet article 178. elle les repete dans le 187. & dit, *entre lesdits roturiers en ligne collaterale & en fiefs, l'aîné mâle plus prochain, & s'il n'y a mâle, l'aînée femelle plus prochaine du decedé, succedera en tout le fief*. Tellement qu'elle appelle bien la femelle au défaut du mâle, mais elle veut que ce soit toûjours un aîné & un plus prochain qui soit preferé dans les fiefs : ce qui

exclut la préference d'un neveu qui vient par representation actuelle.

Raisons pour le neveu.

Le neveu disoit au contraire que la Coutume luy donnant la representation, il estoit subrogé à la place de son pere, & par consequent dans un degré égal avec son oncle ; & que l'effet de cette subrogation estoit de luy procurer le même droit dans la succession dont il s'agit, que son pere auroit eu s'il avoit vécu, *tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esset.* Ce sont les termes de la Novelle 118. chap. 3. que cette disposition est fondée sur un autre principe qui dit, *tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.* Et l'exclusion de l'oncle n'est point, en ce cas, un second passe-droit : puisque ce droit de l'aîné plus prochain vient de ce que la Coutume declare les fiefs impartables : ce qui estant ainsi, ils sont dûs à celuy qui par representation ou autrement se trouve l'aîné le plus prochain au temps du decés : Outre que ce droit d'avoir seul les fiefs que la Coutume declare impartables, n'est pas tant un second privilege que la suite & l'effet du droit de representation, que le droit commun & la Coutume luy donnent. C'est ainsi qu'il a esté dit ci-dessus que dans les Coutumes qui excluent les femelles au profit des mâles de la succession des fiefs, & qui n'ont point de disposition semblable à l'article 323. de la Coutume de Paris ; le neveu venant par reprensentation d'un frere du défunt exclut sa tante dans les fiefs, parce que quand il est une fois monté en la place de son pere par la force de la representation, il a toutes les prérogatives que son pere auroit euës s'il avoit vécu. Or les mots *de plus prochain*, qui se trouvent dans les articles 178. & 187. de la Coutume de Peronne ne sont pas plus précis que les termes *en pareil degré*, qui se trouvent dans les Coutumes qui excluent les femelles des fiefs, quand elles sont en pareil degré avec les mâles ; d'où il suit, que si ces mots ont souffert cette interpretation, que le neveu venant par representation de son pere est censé en pareil degré avec sa tante sœur du défunt, & que par consequent il luy doit donner l'exclusion ; il faut dire dans l'espece dont il s'agit, que le mot *d'aîné plus prochain* qui se trouve dans ces deux articles de la Coutume de Peronne, se peut tres-bien appliquer au neveu qui represente son pere, lequel s'il avoit survécu, auroit esté l'aîné dans la succession ; ce neveu estant l'aîné plus prochain par representation. Aussi la plûpart des Coutumes qui établissent le droit d'aînesse en ligne collaterale le donnent à l'aîné mâle, ou à sa representation : c'est ainsi qu'en dispose l'article 229. de la Coutume d'Anjou, & le 246. de celle du Maine. Le mot d'aîné dans une Coutume de representation signifie également celuy qui est aîné & celuy qui le represente : c'est pourquoy les enfans du fils aîné qui est prédecedé, sont admis à son droit d'aînesse au préjudice de leur oncles. Et deslors que la Coutume admet le fief impartable en collaterale au profit de l'aîné mâle, il faut considerer le droit d'exclusion qui appartient à l'aîné mâle dans les fiefs en ligne collaterale comme un droit aussi favorable que le droit d'aînesse qui a lieu en ligne directe : c'est sur ce fondement que plusieurs donnent à l'aîné mâle en ligne collaterale dans les Coutumes qui ont pareilles dispositions la même action revocatoire pour la conservation de son droit d'aînesse, & pour empêcher qu'il ne soit transferé directement ou indirectement en la personne d'un puîné, que celle que les Docteurs & les Arrests ont donnée en directe. Ce fut sur des raisons à peu prés semblables que l'Arrest du 22. Juin 1679. rapporté dans la septiéme partie du Journal des Audiences, page 351. intervint en faveur d'Henry Caignard, & confirma la Sentence de Messieurs des Requestes du Palais qui luy avoit ajugé les fiefs de la succession de Jean.

CHAPITRE VI.

Des Rapports.

SECTION I.

Questions preliminaires de la matiere des Rapports.

SOMMAIRE.

1. *Progrés des rapports dans le Droit Romain.*
2. *Le rapport n'avoit lieu que pour empêcher la lesion.*
3. *Rapport entre les copartageans qui viennent à divers titres.*
4. *Rapport des dots.*
5. *Le rapport est uniforme dans le dernier Droit.*
6. *Exception dans le cas des prelegs.*
7. *Rapport de la dot dans le nouveau Droit, & quand on en pouvoit rapporter la simple action contre le mari.*
8. *Si un pere peut prohiber le rapport.*
9. *Que par le nouveau Droit la défense du rapport doit estre expresse.*
10. Quid *si le pere a dit dans son testament qu'il veut que tous les biens qui se trouveront luy appartenir lors de son decés, soient partagez également.*
11. Quid *s'il a dit que parce qu'il a doté sa fille, il luy laisse moins.*
12. *Coutumes qui permettent de défendre le rapport.*
13. *Coutumes contraires.*
14. *Un pere peut leguer à son fils sa part afferante, outre une donation entre-vifs, ou un legs qu'il luy fait par le même testament.*
15. *Du legs d'une double part. Explication de l'article 303. de la Coutume de Paris.*
16. *De la maniere de fixer la part hereditaire qui a esté leguée.*
17. *Qu'il reste toujours une difference essentielle à cet égard entre la Coutume de Paris, & les Cou*

tumes de préciput.

18. *Explication de l'article 94. de la Coutume de Laon.*

19. *Du partage anticipé avec dispense de rapport.*

20. *Si dans nôtre Droit le rapport a lieu entre les heritiers testamentaires.*

1. Progrés des rapports dans le Droit Romain.

LA Loy du rapport contient une équité manifeste: Aussi les Jurisconsultes font valoir cette équité dés l'entrée de la matiere, & disent au commencement du titre *de collation, Hic titulus manifestam habet aequitatem.* Il faut avoüer neanmoins que les raisons, qui ont soutenu cette Loy du rapport, n'ont pas toujours esté les mêmes. Car il y a peu de matieres dans le Droit que l'on ait esté obligé de retoucher plus souvent par de nouveaux motifs d'équité. Par le premier Droit & par la Loy des 12. Tables le rapport n'avoit point lieu, parce que le Preteur n'avoit pas encore songé à appeller les enfans émancipez à la succession, & ce n'a esté que lorsqu'il a commencé d'avoir compassion de ces enfans & de leur donner la possession des biens, que l'on appelloit *contra tabulas*, ou de les appeller à la succession comme enfans & par le titre *unde liberi*, que l'on a refléchi sur l'extrême injustice qui arriveroit dans ce nouvel établissement; puisque d'un côté tout ce que les enfans qui estoient sous la puissance du pere pouvoient acquerir, faisoit partie de la succession du pere, & par consequent les enfans émancipez y avoient leur part; & d'autre côté ces enfans émancipez conservoient ce qu'ils avoient acquis. Cela obligea donc le Preteur pour soutenir au profit des enfans qui estoient sous la puissance, la même équité qui l'avoit determiné d'appeller les émancipez à moderer cette grace, en les assujettissant au rapport, & declarant que les émancipez qui viendroient à la succession avec les enfans qui seroient en la puissance du pere, seroient tenus de rapporter leurs acquisitions. Et c'est la disposition de la Loy 1. *ff. de collation, consequens esse credit ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna*: ainsi le rapport n'avoit lieu qu'à l'effet d'indemniser les enfans, qui estoient en la puissance du pere, & toutes les fois qu'il n'y avoit point de lesion de leur côté, les enfans émancipez n'estoient point obligez au rapport, selon la même Loy 1. §. 5. *ff. de collation.* & le §. 4. en fournit un exemple dans le cas qu'un pere, qui ayant un fils émancipé & un autre en sa puissance, avoit institué celuy-cy conjointement avec un étranger, sans faire aucune mention de l'émancipé, & que les deux fils demanderent la possession des biens *contra tabulas*, car lorsque le fils émancipé la demandoit, il estoit permis au fils qui estoit en la puissance de la demander aussi, *L. si post 10. ff. de bon. possess. contra tab. §. fin.* & la Loy décide que si le fils qui n'est point émancipé profite de quelque chose en cette occasion, comme au cas que l'étranger soit institué pour huit onces, l'émancipé n'est point obligé au rapport. Sur ce même fondement le rapport n'avoit point lieu entre deux émancipez, ni entre deux enfans qui estoient en la puissance du pere; parce que chacun des émancipez avoit acquis de son côté & à son profit particulier, & chacun des enfans qui estoient en la puissance avoit acquis pour le pere commun, selon la Loy *Si emancipati 9.* & la Loy *Filia licet 12. ff. de collat.* Nous avons quelque chose de semblable dans la Coutume d'Amiens où quand tous les enfans ont esté dotez, quoiqu'inégalement, il n'y a point de rapport entr'eux selon l'article 93. de cette Coutume. Mais un autre point de Droit assez important, qui avoit encore le même fondement, estoit que quand l'émancipé demandoit la possession des biens contre le testament, & que le fils qui estoit en la puissance du pere & qui avoit esté institué heritier, ne la demandoit pas; quoiqu'en ce cas, les deux fils succedassent à divers titres, neanmoins l'émancipé n'en estoit pas moins obligé de rapporter suivant la disposition de la Loy *Si filius 10. ff. de collation.* parce qu'il faisoit toujours ce préjudice à l'autre de partager avec luy & de conserver pour luy ses acquisitions, pendant que celles de l'autre se partageoient entr'eux, comme faisant partie de la succession du pere.

2. Le rapport n'avoit lieu que pour empêcher la lesion.

3. Rapport entre des copartageans qui viennent à divers titres.

4. Rapports des dots.

Dans le même Droit ancien les dots n'estoient point sujettes à rapport, parce que la dot, que le pere donnoit à sa fille qui estoit en sa puissance, luy estoit propre, ainsi il n'estoit pas juste de la faire rapporter au profit d'une fille émancipée. Mais le droit de rapport ayant reçû des extensions considerables, la dot se rapporte à present, selon l'Edit de l'Empereur Pie inseré en la Loy *1. ff. de collat. dot.* De même, la donation à cause de nôces, par une Constitution de l'Empereur Leon, *L. ut liberis. C. eod.* Voyez ci-aprés au nomb. 7.

5. Le rapport est uniforme dans le dernier Droit.

Enfin, par le dernier Droit tous les enfans qui se portent heritiers ou qui obtiennent la possession des biens sont obligez au rapport, soit que les émancipez viennent entr'eux, soit qu'ils viennent avec d'autres enfans, qui sont sous la puissance du pere; soit que le partage se fasse entre des enfans qui soient tous sous la puissance du pere: la difference qu'il y avoit entre ceux-cy, & les émancipez ayant esté ostée par la Novelle de Justinien. Mais Monsieur Cujas en ses observat. liv. 5. chap. 30. prétend qu'il n'y a plus que les biens profectices dont la pleine proprieté soit sujette à rapport, & de fait le droit ancien, par lequel le fils acqueroit au pere ses biens adventices en pleine proprieté, & la Loy *Placet ff. de adquir. vel amitt. heredit.* ne sont plus en usage, & le pere n'ayant plus à present que l'usufruit de ces sortes de biens acquis par son fils, qu'il a en sa puissance, il ne seroit pas juste que l'émancipé rapportât de pareils biens, si ce n'est quant à l'usufruit *L. ult. C. de collat.* Enfin, au lieu que dans l'ancien Droit le rapport ne se faisoit que dans la succession *ab intestat*, & qu'il ne se faisoit point entre les enfans heritiers instituez, si le pere ne l'avoit précisément ordonné par son testament, parce qu'il ne se fait jamais entre étrangers, & que les enfans heritiers instituez succedent comme des étrangers; à present les enfans rapportent toûjours, soit qu'ils viennent comme heritiers *ab intestat*, soit comme heritiers testamentaires; à moins que le pere n'ait précisément défendu le rapport selon l'Authentique *ex testamento C. de collation.* ou qu'on puisse inferer le prélegs par des consequences necessaires, comme dans l'espece de l'Arrest rapporté par Henrys, tom. 2. liv. 6. qu. 1. où une mere ayant trois enfans, par le contrat de mariage de l'un d'eux les institua tous trois ses heritiers universels, mais pour les deux tiers de ses biens seulement, se reservant de disposer de l'autre tiers au profit de celuy que bon luy sembleroit; quelque temps aprés elle donna la valeur de ce tiers au fils de l'un de ses enfans, qui estoit alors âgé de dix-huit ans, & ensuite elle fit deux actes de partage entre ses trois enfans, dont l'un, qui estoit le pere du petit-fils deceda peu aprés, & avant la mere, aprés la mort de laquelle le petit-fils donataire venant par representation à la succession de son ayeule, ses oncles, qui estoient

6. Exception dans le cas des prélegs.

estoient les deux autres enfans, le voulurent obliger au rapport, dont il se défendit par ces circonstances. La premiere, que la mere avoit eu une volonté enixe de faire un préciput, ce qu'elle avoit assez declaré par ce contrat de mariage. La seconde, qu'elle avoit voulu executer ce préciput ainsi projetté, lorsqu'elle avoit choisi un petit-fils dans la pensée qu'il ne seroit pas son heritier, n'estant pas à croire que son fils, pere du donataire, mourût avant elle, & lorsque d'un autre côté elle avoit fait un partage de ses biens, sans y comprendre ce préciput. Et pour dire mon avis sur cette espece, il semble que le préciput y doit avoir lieu, supposé que le cas soit arrivé en païs de Droit écrit, ou en une Coutume de préciput, ce que cet Auteur n'observe pas, disant seulement qu'il avoit écrit au procés pour un Conseiller de Clermont; mais si cette espece se presentoit dans la Coutume de Paris, elle n'y feroit pas de difficulté; puisque le préciput exprés n'y ayant pas lieu, on y recevroit encore moins le tacite & le présomptif.

7. Rapport de la dot dans le nouveau Droit, & quand on en pouvoit rapporter la simple action contre le mari.

Au surplus, il y a des dispositions particulieres pour le rapport de la dot: car quelquefois la fille dotée a la faculté de ne rapporter que l'action qu'elle a contre son mari ou ses heritiers, pour la repetition de sa dot, & au cas que son mari soit tombé en pauvreté, & qu'on ne luy puisse pas imputer de ne l'avoir pas exigée de luy, quand elle s'est apperçûë du déclin de ses affaires, soit qu'elle fût mineure, soit qu'elle fût sous la puissance de son pere, qui luy auroit refusé son consentement, lequel estoit necessaire, la dot venant de luy: car si cela luy peut estre imputé, & si estant majeure, elle a negligé de repeter sa dot dans la déroute de son mari; ou si son pere luy a donné son consentement, lequel estoit necessaire pour la repetition de sa dot, soit qu'elle ne vînt pas de luy, soit qu'elle fût trop modique, en tous ces cas elle estoit obligée de rapporter sa dot même, & il ne luy suffisoit pas de rapporter son action, *Nov. 97. §. illud quoque cap. 6. & Auth. quod locum C. de collation.* Voilà en gros quels estoient les principes de la matiere des rapports dans le Droit Romain, & le reste des dispositions viendra dans la discussion des questions particulieres qui se presentent. Mais pour les traiter avec ordre, aprés quelquees articles préliminaires, qui font la matiere de cette premiere section, il faut traiter dans la seconde, de ceux qui sont obligez au rapport, & de ceux qui le peuvent demander; dans la troisiéme des choses sujettes à rapport; & dans la quatriéme & derniere, des effets du rapport.

8. Si un pere peut prohiber le rapport.

La premiere des questions préliminaires est de sçavoir, si un pere peut ordonner par son testament, qu'il ne se fera point de rapport entre ses enfans. Et il est certain que par l'ancien Droit, le rapport estoit toûjours défendu quand il n'estoit pas précisément ordonné, *L. emancipatos C. de collation.* & que par le dernier Droit, il est toûjours présumé ordonné, s'il n'est précisément défendu. *Aut. ex testamento C. de collation.* Mais il faut que la défense soit expresse, selon les termes de l'Authentique *de triente & semisse, cap. 6.* où il est dit, *nisi expressim designaverit se velle non fieri collationem:* à quoy est conforme l'Authentique *ex testamento*, qui vient d'estre citée: Or il semble que dés que la Loy requiert ainsi une prohibition expresse, il ne suffit pas que le testateur se soit servi de termes generaux, dont on puisse induire, qu'il ait voulu défendre le rapport: comme s'il avoit dit dans son testament, qu'il entend que tous les biens qui se trouveront luy appartenir lors de son decés, soient partagez entre ses enfans par portions égales: car outre que le rapport se peut concilier avec ces termes, puisque c'est un moyen de conserver l'égalité, & que d'ailleurs dés que le fils donataire se declare heritier pur & simple, les liberalitez qu'il a reçûës de son défunt pere, commencent de faire partie des biens de la succession: ensorte, que si une fille qui a esté dotée d'un fief, le rapporte, le fils aîné a droit de prendre sur ce même fief, son préciput & sa plus grande portion au résidu: il est vray de dire, qu'une expression vague & generale ne suffit point pour une dérogation, ou une prohibition qui doit estre expresse. Car tout ce qui doit estre exprés, doit estre special, les Jurisconsultes ayant usé de ces deux mots, *special & exprés*, ou *specialement & expressément*, ou *nommement*, comme de termes qui sont synonymes en la Loy *Si expressim ff. de appellat. & relation.* Et en la Loy *Fundo legato* derniere, *ff. de supellectile legata.* A quoy il faut ajoûter, que la défense du rapport est odieuse, & par consequent doit estre formelle. C'est pour cela qu'une de nos Coutumes dispensant du rapport les meubles donnez en mariage, s'il n'y en a une clause expresse dans le contrat, qui est l'ancienne Coutume de Chauny, art. 9. Maistre Charles du Molin a taxé sa disposition en ces termes, *stulta & iniqua consuetudo respectu lineæ directæ, & certè indiget recogitatione & correctione.*

9. Que par le nouveau Droit la défense du rapport doit estre expresse.

10. Quid si le pere a dit dans son testament, qu'il veut que tous les biens qui se trouveront luy appartenir lors de son decés, soient partagez également.

11. Quid s'il a dit que parce qu'il a doté sa fille, il luy laisse moins.

Quelques-uns même ont étendu cette doctrine jusques à dire, que le testateur ayant declaré, que parce qu'il a doté sa fille, il luy laisse moins qu'à ses autres enfans, ou qu'il laisse tant à l'un de ses enfans, pour l'égaler aux autres; le rapport n'estoit pas suffisamment défendu. Et Barry liv. 4. t. 6. est de cet avis; ce qui semble juste en un sens: car le pere ayant tâché d'égaler ses enfans par des dispositions, l'on s'en doit tenir à ce qu'il a ordonné, non pas sous prétexte que le rapport ait esté suffisamment défendu; mais parce que le pere en égalant ses enfans a rendu le rapport inutile: puisqu'il n'est fait que pour l'égalité.

12. Coutumes qui permettent de défendre le rapport.

Il y a donc deux choses qui doivent passer pour constantes. La premiere, qu'en Droit le rapport peut estre défendu par un testateur: La seconde, que cette défense doit estre expresse. Mais il faut traiter nôtre question principale pour le païs coutumier. Et il faut encore convenir que nous avons diverses Coutumes, qui permettent au pere de défendre le rapport, comme la Coutume de Nivernois chap. 27. art. 11. celle de Berry tit. 19. art. 42. celle de Bourbonnois art. 308. & dans ces Coutumes lorsque la donation, qui est ainsi faite par préciput, & avec dispense de rapport, est entre vifs; le donataire ne laisse pas de venir à la succession *ab intestat* sans rapporter. Il y a d'autres Coutumes qui sont entierement opposées à celles-cy, & qui disposent expressément que le rapport ne peut estre défendu, c'est à dire, que l'on n'en peut pas dispenser ses heritiers *ab intestat*, telle est la Coutume de Laon, qui en l'art. 94. dit, que les pere & mere ne peuvent faire que le rapport n'ait lieu entre leurs enfans. Il y en a qui sont appellées Coutumes d'égalité, où le renonçant même est obligé au rapport. Telles sont les Coutumes d'Anjou, & du Maine. Enfin, il y en a qui décidant que les pere & mere ne peuvent avantager un de leurs enfans venant à leur succession, plus que les autres, semblent par consequent ne pas permettre au pere, de dispenser les enfans donataires de rapporter à leur succession: telle est la Coutume de Paris art. 303. & c'est à l'égard de ces Coutumes, que l'on peut

13. Coutumes contraires.

demander si la prohibition du rapport est absolument nulle ? & j'estime qu'il faut distinguer entre une donation entre-vifs, faite avec clause, *qu'elle ne sera point sujette à rapport*, laquelle donation ne laisse pas de devoir estre rapportée par le fils donataire, qui se voudra porter heritier : parce que la clause même de dispense de rapport seroit un avantage sujet à rapport ; & une disposition testamentaire, par laquelle un pere avoit ordonné, qu'un de ses enfans prendroit sa part afferante en sa succession, outre & pardessus la donation qu'il luy auroit faite entre-vifs, & sans estre obligé de la rapporter. Car si la donation entre-vifs & la part que le donataire pourroit prétendre en la succession, n'excedoient pas le quint des propres, & la valeur des meubles, acquests & conquests, dont il est permis de disposer par testament, le donataire prenant sa part afferante en la succession à titre de legs, ne seroit point obligé au rapport.

14. Un pere peut leguer à son fils sa part afferáte, outre une donatiõ entre-vifs, ou un legs qu'il luy fait par le même testament.

Cela auroit lieu même, pourvû que la seule part hereditaire n'excedât pas ce dont il est permis de disposer par testament, quoiqu'elle excedât, estant jointe avec la donation : car, en ce cas, l'enfant seroit donataire de ce qui luy auroit esté donné entre-vifs, & legataire de sa part afferante. C'est ainsi qu'il est permis de leguer à l'un de ses enfans une double part en sa succession, pourvû que cette double part n'excede pas la valeur des meubles & acquests, & du quint des propres. Et il n'y a rien en cela de contraire à la disposition de l'article 303. de la Coutume de Paris, qui défend aux pere & mere d'avantager leurs enfans venant à leur succession, l'un plus que l'autre, soit par donation entre-vifs, ou ordonnance de derniere volonté : car l'article parlant des enfans venant à la succession, suppose qu'ils viennent *ab intestat*, ce qui n'empêche point qu'on ne les puisse avantager par legs, ou par donation, toutes les fois qu'ils ne se porteront point heritiers *ab intestat*. Car la Coutume de Paris n'est point de celles où il est défendu indistinctement d'avantager son heritier présomptif, & où l'enfant, qui renonce à la succession *ab intestat*, est obligé au rapport : & rien n'empêche d'ailleurs, que l'on ne donne à quelqu'un à titre de legs sa part afferante en sa succession *ab intestat*. Le veritable sens de l'article 303. de la Coutume de Paris, est donc qu'une donation entre-vifs, qui estant faite en directe est stipulée non sujette à rapport, ne laisse pas d'y estre sujette, lorsque le donataire se veut porter heritier *ab intestat* : & qu'un pere qui n'a que des propres, & qui a trois enfans, par exemple, ne peut pas leguer à un de ses enfans une double part en sa succession, parce que ce seroit leguer les deux tiers de ses propres : enfin, qu'en general toute succession *ab intestat*, doit estre partagée également ; ce qui n'empêche pas qu'un pere ne puisse disposer par testament au profit des siens, de tout ce qui luy est permis par la Coutume, ou en exemptant un de ses enfans du rapport, pourvû qu'en même temps il luy legue sa part afferante en sa succession : ou en luy laissant à titre de legs une double part ou telle autre part qu'il luy plaira. Car encore un coup, l'égalité n'est requise par nostre Coutume qu'entre les enfans qui viennent à la succession, suivant cet art. 303. c'est à dire, entre les enfans qui sont heritiers *ab intestat*, & non pas à l'égard des enfans qui partagent les biens de la succession à titre de legs.

15. Du legs d'une double part. Explication de l'art. 303. de la Coutume de Paris.

A plus forte raison, un pere peut-il en mariant son fils, luy donner entre-vifs une double part dans les biens qui se trouveront luy appartenir au jour de son decés, avec reserve d'usufruit; ou même l'instituer heritier par son contrat de mariage pour une double part ; ou luy faire une donation, & l'instituer heritier pour sa part afferante dans le surplus des biens qui se trouveront lors de son decés, sans qu'il soit tenu de rapporter la donation : car pourvû que l'enfant, au profit duquel on veut disposer, ne prenne point sa part en la succession, comme heritier *ab intestat*, mais en vertu d'une disposition entre-vifs, ou testamentaire, rien n'empêche qu'on ne luy fasse une part avantageuse de toutes les manieres qu'on se peut imaginer, en observant d'ailleurs les reserves coutumieres.

16. De la maniere de fixer la part hereditaire qui a esté leguée.

☞ En ce rencontre pour fixer la part leguée, on suit quelquefois l'operation qui se fait pour la fixation de la legitime, quelquefois aussi on ne la suit pas : on suit cette operation pour supposer en faisant le partage des rapports, des representations & partages par souches, & en faisant faire part aux renonçans *aliquo dato* ; on ne la suit pas en ce que souvent on fait faire part aux renonçans *nullo dato, neque recepto*, lorsqu'ils n'ont renoncé qu'à cause qu'ils ne pouvoient rien avoir ni aux termes de la Loy, ni aux termes de la disposition : ce qui se verifiera dans cet exemple, où on suppose qu'un frere n'ayant que des acquests, fait des donations entre-vifs à quelques uns de ses freres, un legs universel au profit de quelque autre, des legs particuliers au profit de quelque neveu d'un frere prédecedé, & ordonne qu'un autre neveu de la même branche aura telle part en sa succession qu'il auroit pû prétendre suivant les Coutumes : car s'il y a d'autres neveux de la branche de ce dernier, ausquels le testateur ne legue rien, & qui renoncent purement & simplement, n'étant point appellez par le testateur, ils ne laisseront pas de faire part *ex præsumpta voluntate testatoris*, pour fixer la part de celuy à qui le testateur a ainsi legué la part qu'il pouvoit prétendre suivant les Coutumes. La raison est que le testateur a entendu qu'on fist un partage *ab intestat*, pour fixer cette part, & que si l'on suppose une fois la succession *ab intestat*, on ne suppose pas la renonciation de ceux qui n'ont rien eu : en quoy cette espece differe du cas de la supputation de la legitime, où les renonçans *nullo dato*, ne sont point comptez : parce que ils negligent, & ils méprisent leur legitime, qu'ils pouvoient aussi bien obtenir, que celuy dont il s'agit de fixer la legitime, ce qui fait qu'ils passent pour morts, ou pour n'avoir jamais esté, & que par consequent ils ne font point part pour la supputation de la legitime.]

17. Qu'il reste toûjours une difference essentielle à cet égard entre la Coutume de Paris, & les Coutumes de préciput.

Cela présupposé, il reste toûjours une difference essentielle entre la Coutume de Paris, & ses semblables ; & la Coutume de Nivernois, celle de Berry, ou de Bourbonnois, dans lesquelles on peut faire un préciput aux enfans, & ce qui est ainsi donné par préciput n'est point sujet à rapport dans la succession, en ce que ces Coutumes s'entendent d'un partage de succession *ab intestat*, où ce qui a esté donné par préciput n'est point sujet à rapport : ensorte que le fils y peut estre donataire & heritier *ab intestat*, quand la donation luy a esté faite avec dispense de rapport ou par préciput ; au lieu que dans la Coutume de Paris, & dans les Coutumes semblables, il faut leguer sa part afferante en la succession à celuy que l'on veut dispenser du rapport : & pour cela il est necessaire qu'elle n'excede pas ce dont on peut disposer par testament. Et il faut expliquer de la même maniere l'art. 94. de la Coutume de Laon, qui porte, que pere & mere, ayeul ou ayeule, ne peuvent faire que rapport n'ait lieu entre leurs enfans venant à leur succession : ce qui s'entend de la succession

18. Explication de l'art. 94. de la Coutume de Laon.

ab intestat, l'article 52. de la même Coutume permettant aux peres d'avantager un de leurs enfans, la legitime reservée aux autres. Ainsi cet art. 94. n'empêche point qu'un pere ne puisse dispenser du rapport un de ses enfans auquel il aura donné ou legué, pourvû qu'il luy laisse à titre de legs sa part afferante en sa succession, que le legs par préciput & le legs de la part afferante joints ensemble n'excedent point la valeur des meubles & acquests, & de la moitié du propre roturier, suivant l'article 60. de la même Coutume, & que la donation & les dispositions testamentaires ne blessent point la legitime des autres enfans.

19. Du partage anticipé avec dispense de rapport.

Il arrive souvent qu'un pere pour conserver l'égalité entre ses enfans, en consideration des donations entre-vifs qu'il a faites à quelques-uns, leur fait par son testament des parts inégales des biens qui luy restent, & les dispense de rapporter à sa succession; & l'on a extrêmement égard à ces sortes de partages pour le peu que le testateur y ait observé l'égalité, & à moins que la legitime ne s'y trouve blessée, ou que le pere n'ait excedé les reserves coutumieres dans la disposition qu'il a faite au profit d'un seul de ses enfans. Imbert en son Enchirid. rub. de l'exception de rapport, & comme dit la Loy *Si filia nupta §. cum pater ff. famil. ercisc.* une division de cette sorte est plus un partage qu'elle n'est une disposition; aussi quand le pere disposoit par forme de partage, sa volonté quoique non solemnelle devoit avoir son effet suivant la Loy derniere *C. eod.* Et quoiqu'en ce cas, le pere dans la Coutume de Paris ait disposé entre tous ses enfans audelà du quint de ses propres, l'on ne compte pour avantage excessif, que l'avantage qu'il a fait aux uns au préjudice des autres, en tant que ce même avantage excede ses meubles, acquests & conquests, & le quint de ses propres, car le surplus ne passe pas pour disposition, & ce partage estant fait par un simple contrat qui n'a ni les clauses necessaires pour une donation entre-vifs, ni les formalitez d'un testament, il ne laisse pas d'estre d'une tres-grande autorité, comme il se voit par l'Arrest du 10. Juin 1564. & celuy du 27. Février 1576. tous deux rapportez par Charondas, sur l'art. 303. & suivans de la Coutume de Paris. Il en cite aussi deux autres qui justifient de quelle autorité sont les partages faits par les testamens des peres, dont l'un du 4. Aoust 1569. & l'autre du 6. Avril 1581. ce qui est conforme à la Loy *Si cognatione 21. C. famil. ercisc.*

La seconde question est de sçavoir, si dans nôtre Droit le rapport a lieu entre des heritiers testamentaires, ce qui se doit entendre des enfans heritiers instituez ou legataires universels; car dans le Droit Romain même, jamais des étrangers heritiers testamentaires n'ont esté obligez à aucun rapport; non pas même quand ils estoient instituez avec des enfans en puissance, quoiqu'ils leur fissent plus de préjudice que les émancipez, qui obtenoient la possession des biens; parce qu'ils venoient de plus loin, & n'avoient aucune liaison civile ni naturelle avec le testateur. Et la raison pour laquelle les émancipez venant partager avec les enfans qui estoient sous la puissance du pere, estoient obligez au rapport; & que les étrangers heritiers instituez avec les enfans, ne rapportoient point, c'est qu'il estoit moins ordinaire qu'un pere conçût une telle aversion pour ses enfans qu'il instituât des étrangers à leur préjudice, comme il est dit en la Loy *Nec in ea 22. §. 4. ff. ad L. Jul. de adult.* qu'il est permis au pere de tuer sa fille qu'il trouve en adultere, & que cela n'est pas permis au mari; parce que le cœur du pere est plus tendre & plus posé, & celuy du mari plus colere & plus orageux. Ainsi on permet le plus à celuy dont on apprehende le moins. La question n'est donc dans nôtre Droit, qu'à l'égard des enfans heritiers instituez ou legataires universels, estant certain que dans l'un ni dans l'autre Droit les étrangers qui sont heritiers instituez ne rapportent point. Et pour la terminer il faut dire en general, que dans nostre usage nous ne reconnoissons que trois sortes de rapports, celuy qui se fait par le legitimaire, celuy qui se fait par l'enfant qui demande le doüaire, & celuy qui se fait dans les successions *ab intestat*: Au surplus tous nos testamens estant de simples codicilles, & nos heritiers testamentaires de simples legataires universels, regulierement nous n'obligeons point les enfans, qui viennent en vertu d'un testament, de rapporter entr'eux; si ce ne sont des filles, qui ayant renoncé par leur contrat de mariage, ont esté rappellées à la succession par le testament du pere ou de la mere; à l'égard desquelles il faut examiner si elles sont obligées au rapport, & entrer par cette question dans la seconde Section de ce Chapitre, où il s'agit de regler qui sont ceux qui sont obligez au rapport, & qui sont ceux qui le peuvent demander.

20. Si dans nôtre Droit le rapport a lieu entre les heritiers testamentaires.

SECTION II.

De ceux qui sont obligez au Rapport, & de ceux qui le peuvent demander.

SOMMAIRE.

1. *Si les rappellez sont obligez de rapporter.*
2. *Que l'on rapporte souvent sans estre donataire.*
3. *Premier exemple en cas d'un prest par le pere au fils.*
4. *Si le pere pendant la communauté a presté au fils, & que la mere prédecede, le pere ne vient que par ordre d'hypoteque.*
5. *Si ce que le pere a presté à son gendre sans la participation de la fille qui renonce depuis à la communauté, doit estre rapporté par la fille.*
6. *Quid si en ce même cas le rapport se presente à faire pendant que la communauté de la fille subsiste encore.*
7. *Si l'on peut imputer à l'heritier collateral ce qu'il devoit au défunt, au préjudice des creanciers anterieurs dudit heritier.*
Raisons pour les coheritiers & pour l'imputation.
Raisons pour les creanciers contre l'imputation.
Resolution pour l'imputation.
8. *De ce qui a esté donné à l'un des conjoints par les parens de l'autre, ou aux deux conjoints par les parens de l'un d'eux.*
9. *Souvent ce qui est donné aux deux conjoints, est propre à l'un d'eux.*

10. *Souvent aussi ce qui est donné à l'un est propre à l'autre.*
11. *Le pere donnant une somme mobiliaire à son gendre & à sa fille, & la fille acceptant, elle rapporte même en cas de renonciation à la communauté.*
12. Quid *de la donation d'une somme mobiliaire au gendre seul pour luy demeurer propre & aux siens.*
13. Quid *de celle faite au gendre seul sans stipulation de propre.*
14. Quid *si au cas ci-dessus la femme a renoncé à sa communauté lors de l'échéance de sa succession.*
15. Quid *si en ce même cas la succession arrive à la femme pendant sa communauté.*
16. *Différence à cet égard, entre le titre onereux & le titre gratuit.*
17. *Si ce que le défunt a presté au mari de son heritiere présomptive en collaterale s'impute sur sa part, quand la succession échet durant la communauté.*
18. *Qu'au cas de l'article 281. de la Coutume de Paris, le pere ou la mere survivant ne contribuë point au rapport que la fille dotée fait à la succession du prédecedé.*
19. *Distinction de quelques modernes rejettée.*
20. *Si un ayeul tuteur ayant marié un de ses petits-fils & estant depuis devenu insolvable, le petit-fils doté doit communiquer sa dot à ses propres freres & sœurs.*
21. *Coutumes où l'on rapporte en collaterale.*
22. *Si les ascendans rapportent.*
23. *Resolution pour la negative.*
24. *Examen d'un Arrest contraire.*
25. *Que le rapport n'est établi que pour ceux que la Coutume favorise le plus.*
26. *Premiere objection.*
27. *Seconde objection.*
28. *Derniere Raison pour la negative.*
29. *Exemple dans la Coutume d'Angoumois.*
30. *Un frere peut estre donataire des meubles & acquests, & heritier des propres.*
31. *Si à Paris un pere peut estre legataire du quint des propres & heritier des meubles & acquests.*
32. *Si la seule addition d'heredité faite en directe annulle le legs fait à l'heritier.*
33. *Si un ayeul qui n'a que la reversion, peut estre legataire dans la Coutume de Paris.*
34. *Espece & explication de l'Arrest des Bureaux.*
35. *On peut estre legataire des biens de Paris, & renoncer comme heritier présomptif aux biens du Maine.*
36. *Concours de Coutumes où l'incompatibilité des qualitez a lieu, avec Coutumes où elle n'a pas lieu.*
37. *La fille mariée excluse dans une Coutume, peut estre legataire dans cette Coutume & heritiere dans les autres.*
38. *Un neveu estant exclus dans une Coutume & venant à la succession dans les autres, les freres du défunt peuvent estre legataires dans la Coutume qui exclut ce neveu, & ses coheritiers dans les autres Coutumes.*
39. *Si un heritier des propres paternels peut estre donataire des propres maternels.*
40. *Qui sont ceux qui se peuvent dire veritables coheritiers, selon Maistre Charles du Molin.*
41. *Si l'heritier des propres d'une ligne peut estre legataire des propres de l'autre ligne.*
42. *Si un ascendant peut estre legataire & heritier au respect d'un autre ascendant.*
43. *Le rapport a lieu en ligne collaterale, ou par une disposition singuliere de la Coutume, ou par une disposition précise de l'homme. De la clause en avancement d'hoirie.*
44. *Du rapport de ce qui est donné aux heritiers des heritiers.*
45. *Le fils rapporte ce que l'ayeul a donné au petit-fils.*
46. *Le petit-fils rapporte ce que l'ayeul a donné à son pere.*
47. *Cas où le petit-fils ne rapporte pas ce qui a esté donné au pere par les ascendans.*
48. *Le petit-fils legitimaire dans la succession de son ayeul, souffre l'imputation des donations faites à son pere.*
49. *Le petit-fils rapporte dans la succession de son pere, ce qui luy a esté donné à luy-même par son ayeul.*
50. *Tous les fils ayant renoncé, les petits-fils viennent par souches, mais rapportent ce qui a esté donné à leurs peres.*
51. *Si le pere estoit fils unique, le petit-fils donataire de l'ayeul ne rapporte pas à la succession de son pere.*
52. *Deux Arrests sur ce sujet.*
53. *Temperamment qui doit estre apporté au dernier de ces deux préjugez.*
54. *Du rapport des branches.*
55. *Ancienne Jurisprudence du rapport des branches changée.*
56. *Inconvenient de la nouvelle Jurisprudence.*
57. *Le rapport des branches imite celuy des personnes.*
58. *Si le rapport des branches a lieu quand l'heritier testamentaire ou le legataire prend le contenu en sa disposition en païs de prélegs. Espece.*
59. *Que si un homme meurt laissant des biens à Paris & à Orleans, dira-t-on qu'un de ses heritiers puisse accepter les biens de Paris, & renoncer aux biens d'Orleans.*
60. *Un des deux petits-fils renonçant à la succession de l'ayeul & estant heritier du pere prédecedé, & l'autre renonçant à la succession du pere & se portant heritier de l'ayeul, celuy-cy rapportera ce que l'ayeul avoit donné au pere.*
61. *Ce qui est donné au pere en directe est censé donné au fils, mais ce qui est donné par le pere n'est pas censé donné par le fils.*
62. *Si l'ayeul ayant donné au petit-fils, le pere meurt le premier, le petit-fils donataire ne rapportera pas dans la succession du pere.*
63. *Si dans ce même cas le petit-fils renonçant à la succession de l'ayeul, il doit recompense à ses freres qui rapportent pour luy.*
64. *Si le fils aîné au profit duquel la fille a renoncé à la succession du pere, rapporte dans cette succession le prix de cette renonciation.*
65. *Si dans les Coutumes d'égalité le rapport se fait à des renonçans.*
66. *Si un second mari peut pour fixer la part de moins prenant, obliger les enfans au rapport.*
Raisons pour le second mari.
Raisons pour les enfans.
Resolution en faveur du second mari.
67. *Arrest sur la question.*
68. *Si un creancier aux droits d'un des heritiers peut demander le rapport.*
69. *Resolution pour l'affirmative.*
70. *Exception au cas que dans les Coutumes d'égalité l'heritier, à qui un creancier demande le rapport, renonce à la succession.*
71. *Le fisc ni le Haut-Justicier aux droits d'un heritier ne peuvent pas demander le rapport.*

1. Si les rappellez sont obligez de rapporter.

ON demande si une fille qui a renoncé par son contrat de mariage à la succession de ses pere & mere, & qui est rappellée dans leur testament, ou si des petits-fils qui sont exclus de la succession de leurs ayeuls dans une Coutume où la representation n'a pas lieu, non pas même en directe, telle qu'estoit l'ancienne Coutume de Chauny, tit. 7. art. 36. & telles que sont encore aujourd'huy les Coutumes de Boulenois, Ponthieu & Artois, estant pareillement rappellez, sont obligez au rapport? Et il faut dire que quiconque est rappellé à une succession directe, soit que le rappel soit fait pour reparer le défaut de representation, soit pour remedier à une renonciation contractuelle, est obligé au rapport comme s'il venoit à la succession sans le secours du rappel; parce qu'il se peut dire & est veritablement heritier *ab intestat*, selon Tiraqueau en son Traité *le mort saisit le vif*, part. 2. declarat. 8. nomb. 3. & 4. Il est saisi de plein droit, à plus forte raison, qu'un heritier beneficiaire, qui a besoin de faire enteriner ses Lettres, & qui cependant passe pour estre saisi suivant le sentiment du même Auteur. Enfin, le petit-fils ainsi rappellé partage par souches suivant le préjugé de l'Arrest prononcé en robes rouges le 23. Decembre 1614. rapporté par Monsieur Bouguier sous la Lettre S. nomb. 13. Aussi la Coutume de Berry, tit. 19. art. 35. ordonnant un rappel en un cas semblable, décide que la renonçante se peut dire saisie, en rapportant ce qui luy a esté donné en mariage; & Maistre Charles du Molin reprenant la rigueur extrême de l'ancienne Coutume de Chauny en l'article qui vient d'estre cité, dit qu'il faut temperer cette Coutume, ce qu'il entend apparemment par la voye du rappel; car les Arrests ont jugé avant la derniere reformation, que sans un rappel, cet article se devoir observer; mais il ajoute que le petit-fils doit rapporter, *hoc quoque in linea directa corrigendum, conferendo tamen indistinctè*. Et sur l'art. 6. de la Coutume de Lepuroux & Bouge, il dit, que ceux qui sont rappellez *extra terminos juris*, viennent seulement à titre de legs, & ne sont point heritiers ni saisis. *Veniunt jure legati tantùm, non veniunt ut heredes, nec sunt saisiti*: d'où il suit qu'une fille qui est rappellée aprés sa renonciation, ou un petit-fils qui est rappellé en une Coutume où la representation n'a point lieu, estant *intra terminos juris*, & n'y ayant point de succession plus naturelle & plus conforme à l'esprit de la Loy que celle des enfans aux peres, ils sont de veritables heritiers, se peuvent dire saisis & sont obligez au rapport.

2. Que l'on rapporte souvent sãs estre donataire.

L'on demande en second lieu, s'il est précisément necessaire d'estre donataire ou legataire d'un défunt pour estre obligé de rapporter à sa succession? Et il est certain que c'est la regle établie par les art. 304. & 305. & suivans de la Coutume de Paris, qui prescrivent deux conditions pour le rapport. La premiere, que l'on soit donataire; la seconde, que l'on soit heritier en directe, cependant cette regle souffre ses exceptions: car en premier lieu, le fils qui a emprunté de son pere une somme de deniers, est obligé de la rapporter à sa succession, suivant les Arrests qui sont communs dans les livres. Et cette Jurisprudence est fondée sur ce que le pere qui prête & qui n'exige pas pendant sa vie, est présumé donner par anticipation de succession, que d'ailleurs le prest fait par le pere deviendroit un avantage, s'il n'estoit point sujet à rapport: & que la premiere regle du rapport est l'égalité, qui se trouveroit autant blessée par le defaut de rapport de ce qui a esté presté, que de ce qui a esté donné: car il se peut faire que le fils ait des creanciers anterieurs au pere qui par la priorité de leurs hypoteques viendront avant les coheritiers sur les immeubles dont le fils debiteur sera heritier. Ainsi le fils profitera doublement si ses coheritiers n'ont la faculté de luy imputer sa dette sur sa portion hereditaire; & c'est ce qui a établi l'usage du rapport de la dette en ligne directe. Et cela se juge avec tant d'exactitude, que si le fils a fait rente de l'argent presté, il ne luy suffit pas lors du partage d'offrir la continuation de la rente, mais il doit rapporter l'argent, ou moins prendre, comme il a esté jugé par l'Arrest du 28. Juin 1614. rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, sur l'article 304. de la Coutume de Paris: Mais nous dirons dans la section 3. de ce même chapitre, nombre 17. que le prest n'est reputé donation en directe, que quand il s'agit du rapport, & non quand le fils à qui le pere a prêté renonce à sa succession. Que si le pere a prêté pendant sa communauté, la mere decedant la premiere, ses heritiers déduiront la moitié de la dette au fils debiteur; mais s'il y a de ses creanciers qui soient anterieurs au pere, en ce cas, il ne viendra qu'aprés eux pour la moitié de sa creance sur les immeubles qui resteront au fils debiteur de sa part afferante en la succession de la mere, quoique le contraire semble avoir esté jugé par l'Arrest de Chauchesoin du 1. Mars 1619. qui est dans Maistre Julien Brodeau, sur la lettre R de Monsieur Loüet, nombre 13. Arrest 7. qui necessairement est mal rapporté: car l'imputation & le rapport ne se fait que dans la succession de celuy qui presté. Ainsi Chauchesoin ayant presté à son gendre & à sa fille pendant sa communauté, le rapport de la dette se devroit faire pour moitié seulement dans la succession de sa femme, & pour autre moitié dans la sienne propre. Que si les autres creanciers du gendre & de la fille estoient anterieurs au pere, aprés avoir souffert l'imputation de la moitié de la dette sur la part de leurs debiteurs en la succession de la mere, qui est un rapport regulier, ils devoient estre préferez à Chauchesoin pere, sur les immeubles qui restoient, & il ne se pouvoit pas faire une double imputation & un double rapport sur la succession de la mere, de ce que le gendre & la fille devoient tant au pere qu'à la mere.

3. Premier exemple en cas d'un prest par le pere au fils.

4. Si le pere pendant la communauté a presté au fils, & que la mere prédecede, le pere ne vient que par ordre d'hypoteque.

En troisiéme lieu, l'on a demandé, si ce que le pere de la fille preste à son gendre, la fille ne s'obligeant point, doit estre imputé à la fille qui a la communauté d'entr'elle & son mari sur sa part en la succession du pere, & si des creanciers anterieurs de la fille sont obligez de souffrir cette imputation, ou si elle est obligée elle-même à ce rapport, sous prétexte que le pere preste ordinairement à son gendre en consideration de sa fille? Ceux qui ont fait écrire Monsieur le Prestre aprés sa mort, en luy supposant une troisiéme Centurie, *ut suscitarent semen ejus*, comme dit l'Ecriture, luy font rapporter un Arrest dans le premier chapitre de cette Centurie, qu'ils prétendent avoir jugé pour l'affirmative, & pour l'im-

5. Si ce que le pere a presté à son gendre sans la participation de la fille qui renonce depuis à la communauté, doit estre rapporté par la fille.

putation, mais la derniere Jurisprudence s'est declarée contre ce parti, & les Arrests en sont rapportez par Monsieur Loüet, en sa lettre R. nomb. 13. Ils ont pour fondement cette raison convaincante, que ce seroit permettre indirectement au mari d'aliener le bien de sa femme sans son consentement, ce qui est contre toutes les Loix. C'est pourquoy lorsque le beaupere a ainsi presté à son gendre, il faut distinguer : car si la fille a parlé dans l'obligation, elle est tenuë d'en faire le rapport à la succession de son pere, encore même qu'elle renonce à la communauté. Que si elle ne s'est point obligée avec son mari, alors ou elle accepte la communauté ou elle y renonce ; au premier cas, elle doit faire le rapport jusqu'à la concurrence de ce qu'elle profite de la communauté, & même indistinctement, car en ce cas, ce n'est pas une dette, mais c'est un avancement d'hoirie ; au second cas, elle n'est point dutout obligée de rapporter ni de souffrir aucune imputation de la dette sur sa part hereditaire.

6. *Quid* si en ce même cas le rapport se presente à faire pendant que la cõmunauté de la fille subsiste encore.

Il y aura plus de difficulté si cette question se presente pendant que la communauté du gendre & de la fille subsiste encore, au cas qu'un gendre ayant emprunté une somme de deniers du pere de sa femme, le pere vienne à deceder peu aprés, & pendant la communauté de son

Raisons pour le Rapport.

gendre & de sa fille : car d'un côté il semble que la communauté commençant du jour des époussailles & de la benediction nuptiale, & la femme estant commune jusqu'à sa renonciation, qui est pour elle une simple faculté, *interim*, elle est debitrice & ne se peut dispenser du rapport ; d'autant plus qu'il est évident que le prest a esté fait en sa consideration. Et c'est la raison de décider en la Loy *Titio centum §. Titio genero ff. de cond. & demonstr.* où un homme ayant legué en ces termes : *Titio genero heres meus dotis Seia filia mea nomine centum dato*, il est dit que *legati emolumentum ad Seiam, qua dotem habere incipit, pertinebit.* Aussi Monsieur d'Argentré sur l'article 218. de la Coutume de Bretagne, glose 9. nombre 6. dit qu'un pere est plûtost présumé donner à sa fille qu'à son gendre, & que la présomption qui resulte des sentimens naturels, est ordinairement la plus forte, *primaria germana & natura præsumptione urgetur. Quare in filium potius quam nepotem, fratrem, quam fratris filium, filiam ; quam generum propensior affectio præsupponitur.*

Enfin, il semble qu'il n'y ait rien de plus équitable que de dire que le pere ayant presté à son gendre, sçachant qu'il y avoit communauté entre luy & sa fille, le prest se rapporte à la succession du pere, dont le gendre même comme dirigeant les droits de sa femme, se porte heritier dans un temps où la communauté subsiste encore, & que cette même communauté ne profite pas tout ensemble des meubles & du prest qui luy a esté fait, & ne tire pas ainsi un double profit d'une même cause : ce qui pourroit même estre une occasion de fraude de la part du gendre & de la fille ; car la fille prenant sa part entiere dans la succession de son pere, sans souffrir d'imputation de ce qui auroit esté presté à son mari, seroit encore la premiere à faire obstacle à l'exaction que ses coheritiers pourroient faire de la dette sur les biens de son mari, en se faisant separer, & absorbant par ses conventions le peu de biens qu'il auroit.

Raisons contre le Rapport.

L'on peut dire au contraire qu'il n'est pas juste d'obliger la fille de rapporter à la succession de son pere un prest qui ne luy a pas esté fait, mais à son mari qui est le seul maistre de la communauté, & qui peut l'augmenter ou la diminuer & emprunter à toutes mains, sans obliger sa femme, si ce n'est qu'elle accepte la communauté aprés la dissolution du mariage, pendant lequel, comme dit Maistre Charles du Molin, elle n'est commune que par un droit habituel, lequel ne se convertit en un droit actuel, que par son acceptation, & rien n'est plus foible que ce droit de la femme pendant la communauté. Monsieur d'Argentré sur l'art. 208. gl. 3. le compare au droit des esclaves sur les meubles de leur maistre, dont ils n'ont l'usage que par necessité & à cause du service, & dit ensuite que la femme a le même droit sur la communauté que le mari a dans le Droit écrit sur les biens paraphernaux de sa femme, dont il ne joüit qu'entant qu'elle luy en permet l'usage, ou qu'elle ne le luy défend pas expressément. C'est pourquoy les obligations du mari n'engagent point la femme durant la communauté, mais bien lorsqu'elle accepte la communauté aprés la dissolution du mariage, suivant l'article 221. de la Coutume de Paris, & la qualité du creancier ne fait rien ici : car le mari ne peut pas obliger sa femme sans son consentement en empruntant du pere de sa femme, non plus que s'il empruntoit d'une main étrangere, suivant l'article 228. de la même Coutume. Cependant le rapport dont il s'agit auroit cet effet, & pourroit produire une alienation des propres de la femme sans son consentement, en ce que n'ayant point d'argent comptant pour rapporter la somme en espece, elle seroit quelquefois obligée de moins prendre dans les immeubles de la succession, suivant l'article 304. de la même Coutume. Il faut donc conclure que la femme, du pere de laquelle le mari a emprunté, n'est point obligée de rapporter la somme à la succession de son pere, quoique sa communauté avec son mari subsiste actuellement, sauf aux coheritiers à exiger du mari leurs parts & portions de la dette même contre la femme, si elle a accepté la communauté aprés la dissolution du mariage. Que si elle y a renoncé, bien loin de rien devoir à cet égard, elle peut aussi exiger des heritiers de son mari sa part de la dette ; parce que la confusion qui pourroit estre prétenduë sous prétexte que le pere estant decedé pendant la vie de son gendre, la fille auroit esté creanciere comme heritiere de son pere, & debitrice comme commune, ne s'est jamais achevée, comme dépendant toujours de l'acceptation de la femme que l'on suppose avoir renoncé dans la suite.

L'on a trouvé le rapport ou l'imputation de la dette de l'heritier envers le défunt, sur sa part hereditaire, si juste & si raisonnable, qu'encore qu'il soit constant qu'en la Coutume de Paris & ses semblables, le rapport n'a point lieu en collaterale ; neanmoins on a prétendu que l'on pouvoit imputer à l'heritier collateral sur sa portion hereditaire, ce qu'il devoit à la succession, au préjudice de ses creanciers, dont la creance estoit anterieure à celle du défunt : & cela a esté au Palais le sujet d'une fameuse dissertation. Et il est déja constant qu'il n'y auroit pas de question en directe ; parce que non seulement les donations, mais les prests faits en directe sont reputez faits en avancement d'hoirie, & sont sujets à rapport :

7. Si l'on peut imputer à l'heritier collateral ce qu'il devoit au défunt, au préjudice des creanciers anterieurs dudit heritier.

ensorte même que l'on fait amortir une rente constituéee à l'heritier debiteur par l'imputation qui se fait sur sa part, tant du principal que des arrerages de la rente.

Il est encore certain, qu'il y a confusion en la personne de l'heritier collateral, qui est debiteur, pour telle part & portion qu'il est heritier; mais la difficulté est à l'égard du surplus de la dette, & consiste à sçavoir, si on en doit faire la déduction sur la portion hereditaire au profit de la succession, ou si la portion toute entiere de l'heritier debiteur doit estre sujette aux hypoteques de ses autres creanciers, qui luy ont presté avant le défunt. Par exemple, supposé que l'heritier dût 8000. livres au défunt, que la part afferante de l'heritier debiteur soit de 20000. livres, y ayant 80000. livres de biens dans la succession, & quatre heritiers, on demande si aprés que la confusion a eu lieu en la personne de l'heritier pour une quatriéme partie de sa dette, c'est à dire, pour 2000. livres, l'on prendra encore au profit de ses coheritiers, sur sa portion hereditaire, le restant de sa dette, c'est à dire, les 6000. livres, ou si ses creanciers anterieurs au défunt, viendront sur sa portion, selon l'ordre de leurs hypoteques, & par consequent préferablement aux coheritiers.

Raisons pour les coheritiers & pour l'imputation.

On dit de la part des coheritiers, qu'il seroit injuste qu'en donnant à ce coheritier sa part afferante, on ne luy fît pas déduction de ce qu'il doit à la succession, & que l'on donnât à des creanciers, qui ne le sont point de la succession d'un défunt, une hypoteque sur les biens de la succession, au préjudice de luy-même, ou de ses heritiers: ce qui produiroit un autre inconvenient, qui seroit que les creanciers de cet heritier anterieur à la succession, absorbant toute la portion hereditaire de leur debiteur, ou la meilleure partie, & la succession perdant ainsi sa creance, il se trouveroit que cet heritier debiteur seroit plus avantagé que les autres; puisqu'outre sa portion, que ses creanciers auroient toute entiere, il auroit encore les 6000. livres, faisant les trois quarts de la somme qu'il devoit au défunt: ce qui seroit contre l'égalité. L'on ajoûte que le droit de l'heritier debiteur regle celuy de ses creanciers, & que s'il venoit à partager, il seroit contraint de souffrir l'imputation de la creance du défunt sur sa portion hereditaire: & qu'ainsi ses creanciers venant icy de son chef & exerçant ses droits, sont obligez de souffrir la même imputation: Qu'enfin dans le Droit, toutes actions soient réelles, soient personnelles, sont sujettes à compensation.

Raisons pour les creanciers & contre l'imputation.

L'on dit au contraire de la part des creanciers qui avoient presté avant le défunt, que l'ordre naturel des hypoteques demande, qu'aprés la confusion qui se fait en la personne de l'heritier debiteur du défunt, pour telle part & portion dont il est heritier, ils viennent sur le surplus, comme creanciers anterieurs, au préjudice de ses coheritiers, & que la déduction que ces coheritiers veulent faire, n'a aucun fondement dans le Droit, que ce n'est point un droit de confusion: parce qu'il est certain que dans l'espece, la confusion ne se doit faire que pour la part dont le debiteur est heritier, c'est à dire, pour une quatriéme partie: Que ce n'est point non plus une compensation, puisqu'il ne s'agit point des dettes respectives sujettes à compensation, & qu'on ne peut pas dire que le droit de succeder, soit une dette qui puisse estre compensée avec une autre dette. Que ce n'est pas non plus un rapport, puisque le rapport n'a lieu qu'en directe: Qu'enfin, si on qualifie l'action des coheritiers une déduction, l'on peut dire que c'est une déduction qui n'est appuyée ni d'aucune Loy, ni d'aucune Ordonnance, ni d'aucune disposition de Coutume: que par nos Regles la succession ayant esté divisée de plein droit entre les quatre heritiers, & chacun ayant esté saisi de sa quatriéme partie, les creanciers particuliers de chaque heritier, viennent sur sa part, selon l'ordre de leurs hypoteques, & ses coheritiers mêmes, pour ce qu'il devoit au défunt.

Et pour ce qui est de la premiere objection des heritiers, qui consiste à dire, que ce seroit donner hypoteque aux creanciers d'un heritier sur les biens d'un défunt, à son préjudice, ou au préjudice de ses heritiers, les creanciers y répondent qu'il n'y a pas plus d'inconvenient de perdre quelque chose avec son heritier, qu'avec un autre, & que cette partie du défunt doit estre considerée comme une partie égarée & un mauvais employ. A l'égard de la seconde objection, que dans l'évenement l'heritier debiteur se trouveroit plus avantagé que les autres, les creanciers répondent que cela même n'est pas un grand inconvenient en collaterale, où un heritier peut estre donataire, & n'est point obligé au rapport. Enfin, pour ce qui concerne la troisiéme objection, qui est de dire que les creanciers exerçant les droits de l'heritier, sont obligez de souffrir la déduction qui luy seroit faite, s'il venoit luy-même à partage, ils répondent qu'ils ont icy deux qualitez: dans la premiere, ils representent l'heritier, qui est leur debiteur; & dans la seconde, estant considerez comme simples creanciers, ils ont interest d'empêcher que dans le partage, il ne se fasse de payement & d'imputation qui soient contre les regles. Ainsi ils sont heritiers & creanciers: comme heritiers ils partagent, & comme creanciers ils empêchent un ordre irregulier, & un payement que l'on veut faire à l'occasion du partage, au préjudice de leurs hypoteques. Enfin, pour ce qui est de la derniere objection, que les droits réels sont sujets à compensation, l'on répond que cela a lieu quand un tiers n'a point d'interest d'empêcher la compensation; mais qu'elle ne se fait point au préjudice d'une hypoteque anterieure, & que d'ailleurs, comme il a esté montré cy-dessus, il n'y a point icy de matiere de compensation.

Resolution pour l'imputation.

Ce qui détermine dans cette question, c'est que les lots estant garants les uns des autres, il est certain que la part du coheritier debiteur seroit responsable de son insolvabilité. Ensorte que si cette imputation ne se faisoit pas d'abord, & si les coheritiers du debiteur qui auroient eu chacun en partage 2000. livres dans cette dette de 8000. livres, ne pouvoient pas venir en ordre sur la part afferante du debiteur, ils auroient leur recours sur cette même part. Tellement que pour éviter le circuit, *& celeritate conjungendarum actionum*, il est necessaire de faire d'abord l'imputation sur la même part. Car il est des regles, que le coheritier debiteur prenant sa part dans cette

dette par la voye de confusion, ses trois coheritiers y prennent aussi chacun 2000. livres, ce qui se fait naturellement par la voye de l'imputation. D'ailleurs, si l'on est en peine du nom de l'action, cela se fait par le moyen de l'action *familiæ erciscundæ*, par laquelle on poursuit tout ce qui est d'équité & tout ce qui tend à l'égalité. Car ce qui a esté presté en directe même ne s'impute pas, à proprement parler, comme une chose sujette à rapport, puisque les interests échûs avant le decés du pere, qui a presté, ne laissent pas que de s'imputer, aussi bien que le principal, ce qui ne se fait pas par la voye du rapport, lequel ne se fait jamais que des interests, ou des fruits échûs depuis le decés. Et il est inutile de dire que ce recours de garantie des lots, n'estant qu'une action subsidiaire, les creanciers anterieurs empêcheroient qu'elle n'eût effet au préjudice de leurs hypoteques. Car cette garantie s'exerce avec privilege, dont voici un exemple journalier. Un heritier est évincé de ce qui luy est échû en partage, il intente sa garantie contre son coheritier, & action en declaration d'hypoteque sur une maison échûë en partage à ce même coheritier, lequel a plusieurs creanciers anterieurs au partage; cependant il est constant, que l'heritier sera préferé à ces creanciers anterieurs de son coheritier, jusques à la concurrence de sa garantie: ce qui auroit lieu même en cas que le partage eût esté fait sous seing privé. Gouget part. 3. qu. 10. Enfin, je trouve que cette question a esté jugée par un Arrêté de la cinquiéme du 28. Février 1625. conformément à nôtre opinion: car on jugea que la petite niéce estoit obligée de rapporter à la succession de son grand oncle frere de son ayeule, ce que cet oncle avoit presté à sa sœur ayeule de cette petite-niéce.

8. De ce qui a esté dóné à l'un des conjoints par les parens de l'un d'eux.

Il vient d'estre dit que la fille n'est pas toûjours obligée de rapporter à la succession de son pere, ce qu'il a presté à son mari. L'on demande s'il en est de même de ce qu'il luy a donné? Et pour mettre la chose en regle, il faut présupposer en premier lieu, que quand un pere donne un immeuble à sa fille qui est mariée, cet immeuble n'entre point en communauté, c'est la disposition de l'article 246. de la Coutume de Paris, & par l'article 141. de la Coutume de Troyes, la donation faite par le pere est toûjours reputée propre; à moins que par une clause précise elle ne soit faite aux deux conjoints, sur lequel Maistre Charles du Molin a dit, qu'il falloit qu'elle fût faite disertement & expressément aux deux conjoints, & qu'autrement elle n'entroit point en communauté, *disertè & explicatè; aliàs in dubio præsumitur datum soli parti conjunctæ*: quoique l'on ait jugé, que dans les Coutumes où l'on ne peut rien donner à son heritier présomptif, l'on pouvoit donner au mari, ou à la femme de son heritier: & il y en a un Arrest rendu pour la Coutume de Poitou; mais cela est jugé dans l'espece, que la donation est faite disertement au conjoint.

9. Souvent ce qui est donné aux deux conjoints, est propre à l'un d'eux.

En second lieu je dis, sur le même fondement de Maistre Charles du Molin, que souvent ce qui est donné aux deux conjoints est propre à l'un des deux, ce qui arrive lorsque la donation est faite par un ascendant d'un des deux conjoints, qui a legué à peu prés en ces termes: *je donne à Monsieur & à Madame une telle ma maison de Paris*: car cette disposition estant testamentaire, & non entre-vifs, (dont l'acceptation pourroit déterminer si elle est faite à tous les deux, & estant faite en directe, n'estant aussi composée que d'un immeuble, j'estime qu'elle n'entreroit point du tout en communauté, & que le pere ayant voulu donner à sa fille, n'auroit employé le nom de son gendre, & de sa fille, qu'à cause de la joüissance qui est dûë au mari, suivant ce qui est dit en la Loy *Fideicommissa 11. §. interdum, de legat. 2. Interdum alterius nomen scribitur in testamento; alteri verò fideicommissi petitio vel legati competit*. Et ensuite, *multùm autem interesse arbitror cui volet prospectum, cujusque contemplatione testator fecerit*.

10. Souvent aussi ce qui est donné à l'un, est propre à l'autre.

En troisiéme lieu, il arrive même que ce qui paroist donné à l'un, doit estre propre à l'autre des conjoints: par exemple, lorsque par un contrat de mariage, les parens de la fille donnent au garçon, sans exprimer que la donation luy tiendra lieu de propre, ou qu'elle luy est faite pour luy & les siens. Car les immeubles contenus en cette donation, seront propres à la femme, le nom du mari n'ayant esté employé, que parce qu'il est le chef & le legitime administrateur, & qu'il a la joüissance des propres de sa femme, ce qui se peut établir sur la Loy 71. §. 3. *ff. de condit. & demonstrat.* & sur la Loy *Ut liberis 17.* vers le milieu *C. de collation.* & ç'a esté l'opinion de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 55. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 100. & 101. où il dit, que *nisi specialiter dicatur quod datur genero pro se & suis, non censetur ei datum in sponsalitiam largitatem; sed in dubio censetur ei datum in dotem & pro dote sponsæ, quamvis hoc non dicatur*. Enfin, nous avons une Coutume qui en dispose ainsi, c'est la Coutume d'Anjou, art. 333. [☞ Voyez aussi l'article 172. de celle de Blois.] Or dans tous ces cas, il n'y a pas de doute pour le rapport, puisque les donations sont propres.

11. Le pere dónant une sóme mobiliaire à son gendre & à sa fille, & la fille acceptant, elle rapporte, même en cas de renonciation à la communauté.

Que si le pere donne disertement par une donation entre-vifs une somme d'argent à son gendre & à sa fille, & que par le contrat de mariage il n'y ait point de clause de reprise, ni de clause, que ce qui aviendra à l'un des conjoints par donation ou autrement, luy sera propre, l'on demande si la fille, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, sera obligée de rapporter le total, ou la moitié de la donation à la succession de son pere; ou si elle sera exempte du rapport, quand en consequence d'une renonciation à la communauté, elle ne profite point de la chose donnée? Et il faut dire, que l'acceptation de la donation par la fille, soit que dans la suite elle se declare commune, soit qu'elle renonce à la communauté, l'oblige au rapport. Ensorte que la difficulté ne peut consister qu'à sçavoir, si elle doit rapporter le tout, ou la moitié seulement. Et j'estime qu'elle doit rapporter le tout; puisque lorsqu'elle a accepté la donation, elle a bien sçû qu'elle en estoit le principal objet, & a esté persuadée, aussi-bien que le donateur, qui sans cela auroit disposé autrement, qu'il luy estoit à peu prés égal que la donation luy fût propre, ou qu'elle entrât en sa communauté. Et outre qu'un pere est toûjours présumé avoir pris le meilleur parti pour ses enfans, elle l'a consenti de cette maniere, & trouvant grace auprés de son pere, elle a voulu elle-même que sa communauté en profitât: ainsi elle doit rapporter le tout.

12. Quid de la donation d'une sóme mobiliaire au gendre seul pour luy demeurer propre & aux siens.

Que si le pere de la femme a donné entre-vifs dix mille livres à son gendre, qui les a acceptez en son propre & privé nom, il faut distinguer: car si la donation porte, que c'est pour luy demeurer propre, il faudra necessairement entrer dans le détail, pour examiner si cette donation n'est point faite en fraude des autres enfans du donateur, & pour exempter du rapport la femme

me du donataire : car, par exemple, si le mari & la femme ayant des enfans, le pere de la femme s'avise de donner à son gendre, *pour luy demeurer propre*, ou *pour luy demeurer propre, & aux siens*, il est évident qu'il a voulu donner à ses petits-enfans, & que c'est une fraude contre la Loy des Rapports, *L. in fraudem ff. de his quib. ut indign. L. 29. ff. de legib. & Senatusc.* C'est pourquoy la femme est obligée au rapport ; veu que la disposition regarde les enfans issus du mariage, lesquels en profitent dans la suite : ce que l'on peut appuyer sur l'art. 306. de la Coutume de Paris. Il en est de même, si la donation est faite au gendre aprés la mort de la femme : car les petits-fils seront tenus de la rapporter, mais s'il n'y a point d'enfans du mariage, & que le gendre ait beaucoup merité de son beau-pere, & luy ait rendu des services importans, la donation peut estre sans aucune fraude, & comme au moyen de la clause elle n'entre point en communauté, l'on peut soutenir que la femme n'est point obligée de la rapporter à la succession de son pere. C'est ainsi que par Arrest rendu au Parlement de Toulouse le 2. Juin 1631. il fut jugé, qu'une donation faite par un beau-pere à son gendre, pour lequel il estoit prouvé qu'il avoit toûjours eu une affection particuliere, appartenoit au gendre en particulier. Cet Arrest est rapporté par Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 23.

13. *Quid* de celle faite au gendre seul sans stipulation de propre.

Que si la donation faite par le beau-pere à son gendre, n'est point stipulée luy devoir demeurer propre, qu'il n'y soit fait aucune mention de la femme, & que le gendre l'ait acceptée en son propre & privé nom, en ce cas, comme elle n'est pas propre au gendre, & qu'elle entre en communauté, soit qu'elle soit d'une somme de deniers, soit d'un immeuble, il est certain que si la femme accepte la communauté, elle est tenuë de rapporter : mais la question est de sçavoir, si elle rapportera en ce cas le tout, ou une partie ? Et il faut encore dire, qu'elle rapportera le tout ; parce qu'autrement la donation seroit en fraude, & il s'y trouveroit le dessein & l'évenement de la fraude ; le dessein, en ce qu'un pere, au lieu de donner à sa fille, donneroit à son gendre, qui est en communauté avec sa fille, & l'évenement, en ce que la fille acceptant la communauté, auroit la même part dans la donation, que si elle luy eût esté faite, supposé qu'il s'agisse d'une somme de deniers, & s'il s'agit d'un immeuble, en ce que la fille aime mieux y avoir moitié en proprieté, & la joüissance en commun pendant le mariage, aprés lequel la moitié de son mari passera encore à leurs enfans communs, ou aux collateraux de son mari, & ne rapportera que la moitié de la donation, que d'avoir le tout en proprieté, & rapporter aussi le tout à la succession de son pere.

14. *Quid* si au cas cy-dessus la femme a renoncé à sa communauté lors de l'échéance de sa succession.

Que si dans le même cas d'une donation faite au gendre seul, & acceptée par luy en son propre & privé nom, sans faire aucune mention de sa femme, la succession du pere arrive aprés que la femme du donataire a renoncé à la communauté, en ce cas, j'estime qu'elle ne sera point obligée au rapport, à moins qu'il n'y ait des enfans du mariage, auquel cas ce seroit une fraude, que de renoncer pour s'exempter du rapport, pendant que ses enfans profiteroient de la donation de l'ayeul, & j'établis ma proposition sur le préjugé des Arrests, qui ont décidé que le prest fait par le beau-pere à son gendre, n'oblige point sa femme de rapporter à la succession de son pere, lorsqu'elle a renoncé à la communauté : car cela estant constant, il s'ensuit que, comme le mari qui emprunte, ne peut pas aliener le bien de sa femme qui renonce à sa communauté, en l'obligeant de faire un rapport, aussi il ne peut pas le même en acceptant une donation de son beau-pere ; parce que dés que la donation est faite au mari en son propre & privé nom, qu'elle n'entre en communauté qu'en cette qualité, & que la femme qui n'a point d'enfans, renonce à la communauté, il est vray de dire, que la donation ne la regarde point.

15. *Quid* si en ce même cas la succession arrive à la femme pendant sa communauté.

La difficulté seroit plus grande, si en conservant la même espece d'une donation faite au mari seulement, & acceptée par luy en son propre & privé nom, & sans qu'il soit fait aucune mention de la femme, il arrivoit que la succession du pere fût ouverte pendant la communauté du mari donataire & de sa femme. Car en ce cas, nonobstant tous les principes, qui ont esté établis cy-dessus en une espece approchante, qui est celle du prest fait par le beau-pere à son gendre, qui décede pendant la communauté de son gendre & de sa fille, & nonobstant que j'aye conclu que la fille n'estoit point obligée de rapporter à la succession de son pere, echûë pendant sa communauté, le prest qu'il avoit fait à son mari, j'estime qu'en nostre espece la femme du donataire sera tenuë de rapporter à la succession de son pere échûë durant sa communauté avec son mari, la donation que son pere avoit faite à son mari, en son propre & privé nom. Et c'est une difference qu'il y a entre un titre onereux & un titre gratuit. Le titre onereux, comme le prest, n'est reputé fait en avancement d'hoirie, que lorsqu'il est fait par le pere à sa fille, nommément & précisément, & non lorsqu'estant fait par le pere à son gendre, il ne peut concerner la fille qu'en tant que dans la suite, elle peut accepter la communauté, parce que le pere preste à son gendre à peu prés comme à un étranger ; mais il ne luy donne pas en cette qualité. Quand il preste à son gendre, il sçait qu'il charge sa communauté, à laquelle sa fille peut renoncer, mais quand il luy donne, il augmente la communauté de sa fille, & croit luy profiter. C'est le creancier qui preste ; mais c'est le beau-pere & le pere qui donne, parce que l'affection du sang est le principe de la liberalité du pere, qui enrichit sa fille en donnant à son gendre, & qui, pour me servir des termes de Bartole, en son Traité *de duobus fratribus n. 12.* regarde sa fille comme la cause immediate de sa donation : mais il n'entre au plus que de la consideration & de la préference dans le prest du beau-pere au gendre. Quand il donne donc à son gendre, il luy donne en avancement de la part hereditaire de sa fille, à moins qu'il n'exprime formellement qu'il luy donne, à la charge que l'heritage luy demeurera propre. Le gendre parmi nous n'est point une personne prohibée, comme dans le Droit en la Loy *Cum hic status §. 16. ff. de donat. inter.* parce que cela n'estoit établi en Droit, qu'en consequence de la puissance paternelle, & de ce que le pere ne pouvoit donner ni à son fils, ni à sa fille qu'il avoit en sa puissance, *L. 1. ff. pro donato §. 1.* Mais neanmoins cette extension de la prohibition de la fille à la personne du gendre, marque qu'encore même qu'il n'y eût pas de communauté, le pere estoit présumé donner à sa fille, quand il donnoit à son gendre : ce qui doit avoir lieu, à plus forte raison, dans nostre Droit, où la fille a par avance, à titre de communauté, un droit habituel sur le don fait par son pere à son mari. Que si l'on dit que la fille qui est encore commune lors de l'échéance de la succession de son

16. Difference, à cet égard, entre le titre onereux & le titre gratuit.

pere peut renoncer dans la suite à la communauté, & qu'il seroit injuste de luy faire faire ce rapport par avance, il faut répondre qu'il en arrive de même, lorsque le pere a constitué à sa fille une dot en argent sans clause de reprise. Car quoique cette dot se confonde dans la communauté, & que dans la suite la fille renonce à la communauté, & qu'ainsi elle perde sa dot ou une partie, elle ne laisse pas d'en faire le rapport à la succession de son pere.

17. Si ce que le défunt a presté au mari de son heritiere présomptive en collaterale s'impute sur sa part quand la succession échet durant la communauté.

☞ Il reste de demander si ce que le défunt a presté au mari de son heritiere présomptive en collaterale, s'imputera sur sa part afferante, quand la succession arrive durant la communauté. Que si nous avons resolu au nomb. 6. cy-dessus, qu'en ce cas il ne se faisoit point de rapport ni d'imputation dans la ligne directe, où le rapport est naturel & se fait de plein droit; il faut dire à plus forte raison qu'en la même espece il ne s'en fera point en ligne collaterale, parce que l'on preste au mari de sa présomptive heritiere, comme à tout autre, principalement en collaterale: ce n'est point en l'une ni en l'autre ligne, le pere ni le parent qui preste au mari seul; c'est le creancier, & il n'entre au plus dans ce prest qu'un peu de préference de la personne du mari, à qui on a mieux aimé prester, qu'à un étranger. On doit imputer aux défunt s'il n'a pas fait obliger la femme.]

18. Qu'au cas de l'art. 281. de la Coutume de Paris, le pere, ou la mere survivant ne contribue point au rapport, que la fille dotée fait à la succession du prédecedé.

Enfin, l'on a demandé si le survivant des deux conjoints qui ont marié leur fille, à la charge qu'elle ne demanderoit point compte, conformément à l'article 281. de la Coutume de Paris, ou qu'elle ne demanderoit ni compte, ni partage, n'est point obligé de contribuer à proportion de son usufruit, au rapport qui se doit faire à la succession du prédecedé de ce qu'il a donné à sa fille? Ce qui ne se peut demander qu'au cas qu'elle ne soit pas unique heritiere.

Il faut présupposer, qu'encore que cet article ne parle que des meubles & conquests, neanmoins l'usage autorise la clause entiere, comme elle vient d'estre proposée, & permet, que les pere & mere stipulent que leur fille au moyen de sa dot, ne pourra demander ni compte, ni partage au survivant, ce qui emporte que le survivant joüisse de la part des propres qui appartient à la fille, aussi-bien que de sa part des meubles & acquests. Aussi, nonobstant la distinction de quelques modernes, il n'est pas permis à la fille de renoncer à la donation qui luy a esté faite par le survivant, pour pouvoir avoir la libre joüissance de la succession du prédecedé, non pas même quand les autres enfans demandent partage; parce qu'il faut alors que le survivant joüisse de sa part & portion, si mieux il n'aime consentir en faveur de la fille, qu'elle renonce ainsi à sa donation en pleine proprieté dans la succession du prédecedé. Enfin, la fille ne peut pas renoncer à la succession du prédecedé, en fraude de l'usufruit du survivant, parce que cette clause est un pact de son contrat de mariage, dont il ne luy est pas permis de resilir. Tout cela s'est introduit dans l'usage en faveur des mariages, & pour exciter les parens à établir leurs enfans, dans l'assurance de n'avoir plus le reste de leur vie de discussion avec eux, & de crainte que si l'on observoit le contraire, les parens fussent moins portez à doter leurs filles. *Ne hac injecta formidine parentum in liberos munificentia retardetur.*

19. Distinction de quelques modernes rejettée.

Cela présupposé, il faut dire en general, que cet usufruit du survivant doit toujours contribuer au rapport, de quelque maniere que la clause soit conçuë, & quoiqu'elle ne laisse au survivant des pere & mere que la joüissance de la part qui appartient à la fille mariée dans les meubles & conquests du prédecedé, auquel cas, il peut y avoir des propres, dont la fille profite en pleine proprieté. La raison de cette décision est, que l'obligation du rapport est une charge de la portion hereditaire qui appartient à la fille, laquelle diminuë de plein droit cette portion, & par consequent diminuë d'autant cet usufruit du pere ou de la mere qui survit, d'autant plus que le rapport se fait souvent en moins prenant. Ce qui a son exemple en matiere de douaire coutumier, qui est diminué par les rentes passives créées avant le mariage sur les immeubles du mari; parce que ces dettes diminuent de plein droit les biens sujets au doüaire.

Cette décision doit avoir lieu à plus forte raison, quand la clause est de ne point demander partage, & de laisser joüir le survivant des pere & mere, des propres & conquests, ensemble des meubles du prédecedé, ou quand il n'y a que des meubles & conquests dans la succession. Car quelle justice y auroit-il, en ce cas, de consommer la proprieté d'une fille par un rapport, pendant que l'usufruit des pere & mere seroit franc & quitte, & exempt de contribuer à ce rapport? Il faut donc dire, que dans tous ces cas generalement, l'usufruit du pere ou de la mere survivant, doit contribuer au rapport, & que la clause dont il s'agit, ne faisant pas une mention expresse de cette obligation, elle y est sous-entenduë, le rapport diminuant la portion hereditaire, & la fill. pouvant rapporter en moins prenant. Voyez cy-aprés la Section 3. nomb. 6.

J'ay encore vû demander, s'il y avoit rapport en cette espece. Aprés la mort d'un particulier, son pere, ayeul de ses enfans, avoit esté créé leur tuteur, il en avoit marié un, & depuis estoit mort insolvable. L'on demandoit si en partageant les effets du pere & de la mere, l'on pouvoit obliger le petit-fils de rapporter ce qui luy avoit esté constitué en mariage par son ayeul? Mais cette question, à mon avis, dépend de sçavoir ce que l'ayeul avoit donné. Car si c'estoit un immeuble réel ou fictif de la succession du pere ou de la mere, un heritage entier ou une rente entiere, sans doute cela estoit sujet à partage & à communication; mais si l'ayeul avoit donné de l'argent, quoiqu'on puisse soupçonner que c'estoit des deniers de la tutelle; neanmoins comme nous ne regardons point dans nostre Droit la derivation de simples deniers mobiliers, dont la possession est vile & abjecte, il suffit au petit-fils, pour se dispenser du rapport, que ce qui luy a esté constitué en mariage, n'excede pas ce qui luy estoit dû par son ayeul en qualité de son tuteur. En effet, autant qu'il y a de pupilles, quoique freres, autant il y a de tutelles differentes, qui n'ont rien de commun que l'hypoteque. Ainsi quand le tuteur paye de ses deniers à l'un de ses pupilles, à l'occasion d'un compte ou d'un mariage, il n'y a rien en cela de sujet à communication aux autres pupilles, car c'est une des dettes du tuteur acquittée. Par cette raison, cette espece ne tombe point dans le cas de la Loy *Verum §. si cum tres ff. pro socio.* Nous n'observons point non plus en France ce Droit de suite, que le pupille avoit en cas que le tuteur eût diverti les deniers pupillaires, & qui est établi par la Loy *Si curator C. arbitrium tutela.* Ainsi il ne resteroit que le droit d'hypoteque, en cas que le tuteur eût donné un de ses immeubles.

20. Si un ayeul tuteur ayant marié un de ses petits-fils & estant depuis devenu insolvable, le petit fils doté doit communiquer sa dot à ses freres & sœurs.

Cette proposition est encore fondée sur la

Loy derniere *C. depositi*, où il est dit, que si un des heritiers d'une succession, à qui il est dû un dépost, reçoit sa part du depositaire qui fait banqueroute incontinent aprés, les autres coheritiers n'ont pas d'action pour demander la communication de la part que celuy-cy a reçûë. *Non esse coheredi ejus licentiam venire contra eum coheredem suum, & ex ejus parte avellere quod ipse ex sua parte consequi minimè potuit, quasi eo quod coheres accepit communi constituto. Nobis etenim non videtur obnoxius qui suam partem suscepit.* Enfin, cela est encore fondé sur la Loy 38. *ff. fam. ercisc.*

La raison de ces dispositions est que toute succession se partage de plein droit dans nostre usage, en vertu de la regle *le mort saisit le vif*, & que chacun des coheritiers ayant sa part dans les effets d'une succession, même avant tout partage, il luy est permis de retirer sa part de la masse commune, pour en disposer à son gré, & le rapport ne se fait pas de la part hereditaire que l'heritier s'est fait donner & délivrer ; mais bien des donations en avancement d'hoirie, qu'il a reçûës du défunt. Ainsi il resteroit icy, que les coheritiers demandassent le droit de communication sur le fondement de la Loy *Item ex diverso* 19. *ff. fam. ercisc.* & de la Loy derniere §. *quatuor de legat.* 2. Et j'estime encore qu'ils ne sont pas bien fondez dans cette demande : parceque ces Loix n'ordonnent pas la communication contre un des heritiers qui se fait payer de sa part d'une dette active de la succession, ou qui la vend un bon prix; car il ne dispose, en ce cas, que de ce qui luy appartient; mais elles ordonnent principalement la communication du profit qu'un des heritiers voudroit faire contre la succession même, en traitant d'une dette passive ; & se faisant subroger. La Loy *Item ex diverso* dit, *quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit stipulatusve est non ad ejus solius lucrum pertineat*, où ces mots *ex re hereditaria* signifient un effet de la succession ; & la Loy derniere §. *quatuor, de legat.* 2. supposant qu'un des fils à qui le pere avoit fait des prélegs en les instituant ses heritiers, avoit acheté tous les heritages préleguez d'un creancier commun, qui les luy avoit vendus *lege pignoris*, ordonne que les heritages ainsi préleguez, ne laisseront pas d'estre délivrez aux autres enfans, à la charge de rembourser celuy qui les a acquis de ce creancier, & par consequent ordonne la communication du marché : & la raison pourquoy ces Loix n'ont pas icy d'application, est celle que nous avons touchée cy-dessus, que la succession se divisant naturellement & de plein droit pour la proprieté, chacun pouvoit exiger sa part des dettes actives & autres effets, & profiter ainsi de sa diligence, bien loin de devoir souffrir de la negligence d'autruy, en observant la communication que ces Loix ordonnent. Enfin cette espece se trouve ainsi decidée par un Arrest prononcé le 3. Avril 1640. & rapporté par Maistre Claude Henrys, tome 1. livre 4. chapitre 6. question 53.

11. Coutumes où l'on rapporte en collaterale. Au surplus, le rapport est particulier pour la ligne directe, & n'a point lieu regulierement dans la collaterale. Nous avons neanmoins quelques Coutumes, qui singularisent sur ce point, & entr'autres la Coutume de Chauny, qui dit en l'art. 47. que ce qui est donné aux enfans, neveux, ou autres heritiers, est sujet à rapport : plus, les Coutumes du Maine & d'Anjou, qui sont Coutumes d'égalité, & où le renonçant rapporte. ☞ Comme la representation a lieu à l'infini dans ces Coutumes, même en collaterale, le representant est obligé de rapporter tout ce que les representez auroient dû rapporter s'ils avoient survécu, encore même que le representant ne soit pas leur heritier.] Et comme un donateur impose telle Loy qu'il luy plaist à sa liberalité, il est permis en donnant à l'un de ses heritiers présomptifs, en quelque degré & ligne qu'il puisse estre, de stipuler qu'il sera tenu de rapporter la chose donnée en venant à la succession: ce qui est decidé par l'art. 264. de la Coutume de Sens, dans l'art. 107. de celle de Châlons, & dans le 324. de celle de Reims, quoique par cette clause, non plus que par celle, par laquelle le donateur s'explique qu'il donne en avancement d'hoirie, le donataire n'est pas obligé précisément de rapporter, estant toujours en droit de s'exempter du rapport par sa renonciation, ce qui est encore une autre décision de la même Coutume de Sens, art. 269. Enfin, quoiqu'en ligne collaterale on ne puisse estre legataire & heritier, rien n'empêche qu'on ne legue au fils de son heritier collateral, suivant l'Arrest du 8. Fevrier 1588. rapporté par Monsieur Loüet en la lettre D. nomb. 7. si ce n'est dans la Coutume de Touraine, qui decide le contraire, article 302. & dans quelques autres, entre lesquelles sont les Coutumes d'égalité.

Il n'y a même dans la ligne directe que les descendans qui soient obligez au rapport, quoiqu'il y ait eu des Docteurs, & entr'autres Jason & Decius sur la Loy *Si emancipati C. de collation.* qui ont estimé, qu'il avoit lieu entre les ascendans. 12. Si les ascendans rapportent. Il faut même avoüer que cette opinion a ses raisons particulieres : car pourquoy un pere ou un ayeul à qui la succession de son fils ou de son petit-fils n'est point dûë de droit, mais seulement par une espece de compassion, *L. nam & si parentibus ff. de inofficioso testam.* ne seront ils pas aussi-bien obligez au rapport, que les descendans qui sont les heritiers naturels ? D'ailleurs, ceux qui ont droit de demander une legitime, sont obligez au rapport : car la legitime regle le rapport selon la Loy *Illud* 20. *ff. de collation.* Or le Droit accorde une legitime aux ascendans en la Novelle 115. chap. 4, & en l'Autentique *ut cum de appellat.* §. *sive igitur.* ce qui se juge ainsi pour le païs de Droit écrit, selon l'Arrest du 14. Fevrier 1583. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 1. chap. 1. Enfin, le rapport estant fondé sur l'égalité, pourquoi l'admettre dans la ligne descendante, & non point l'ascendante ?

13. Resolution pour la negative. La verité est neanmoins, que les ascendans ne sont point obligez au rapport, & cela par la raison même que la succession leur est moins dûë. Car moins la succession est dûë, moins on doit observer l'égalité ; & c'est pourquoy il ne se fait point de rapport en ligne collaterale des donations entre-vifs. D'ailleurs, la legitime regle le rapport pour les choses sujettes au rapport, & non pour les personnes, comme il paroist par cette même Loy *Illud* 20. *de collat.* c'est à dire, que la regle est, que ce qui s'impute sur la legitime est sujet à rapport, mais non pas, que quiconque a droit de demander sa legitime, soit sujet à rapporter pour estre heritier. Enfin, nous n'avons aucune disposition dans le Droit qui oblige les ascendans de rapporter ; la Novelle 18. ch. 6. ne parle que de la ligne descendante, & le droit des rapports estant un droit exorbitant, comme le remarque Mich. Graff. *vol.* 2. §. *collatio qu.* 7. il ne doit point estre étendu.

Ce qui estant certain dans le Droit écrit, doit avoir lieu à plus forte raison dans nôtre Droit coutumier, où les ascendans n'ont pas même de

image
not
available

rapporter le meuble, où il dit, *nam coheredes qui nihil nisi mobilia conferunt, non alia conferunt: quam cujus generis capiunt.* Ainsi un fils unique peut estre donataire, heritier & legataire universel de son pere; & des collateraux ne luy sçauroient imputer l'incompatibilité de ces qualitez. Le fisc estant aux droits d'un des coheritiers ne peut non plus demander le rapport, ni objecter cette incompatibilité; non plus que le Seigneur Haut-Justicier; non plus qu'un legataire d'une proprieté ne se peut pas plaindre que l'usufruit ait esté laissé à titre de legs à l'heritier *ab intestat*, ni un collateral de ce qu'un fils soit donataire, ou legataire, ou doüairier & heritier; ni un legataire universel ne peut pas objecter à l'heritier qu'il est legataire particulier & heritier, selon Maistre René Chopin sur la Coutume de Paris, livre 2. tit. 4. nomb. 17. Tellement que la difference des lignes & des qualitez sauve l'incompatibilité établie par les Coutumes, & fait que le pere estant heritier des meubles & acquests, peut encore estre donataire des propres, qui devoient appartenir aux collateraux de son fils.

29. Exemple dans la Coutume d'Angoumois. C'est ainsi que la Coutume d'Angoumois disant aux articles 49. & 51. que l'on ne peut avantager ses heritiers presomptifs dans son heritage propre, même par contrat de mariage, l'on estime communément, que ces articles ne concernent point les ascendans, qui ne sont point heritiers des propres, & ausquels l'on peut donner par consequent le tiers de son heritage, comme à des étrangers: & c'est le sentiment de Vigier sur cet article 51. & je pose pour principe, que quand il y a difference de lignes, il n'y a point regulierement de rapport des donations.

30. Un frere peut estre donataire des meubles & acquests, & heritier des propres. J'estime sur ce fondement que comme un pere peut estre donataire entre-vifs des biens maternels de son fils, & heritier *ab intestat* des meubles & acquests; aussi un frere peut estre donataire entre-vifs des meubles & acquests de son frere, & son heritier à l'égard de ses propres, sans que le pere puisse demander de rapport ni objecter l'incompatibilité des qualitez, ce que j'appuye de cette autre raison, que si le frere peut estre donataire entre-vifs & heritier à l'égard de son frere, qui est de la même ligne & du même degré, à plus forte raison peut-il conserver ces deux qualitez au respect d'un ascendant.

31. Si à Paris un pere peut estre legataire du quint des propres, & heritier des meubles & acquests. L'on peut demander si dans la Coutume de Paris le pere peut estre legataire du quint des propres, & heritier tout ensemble des meubles & acquests, & si le frere peut estre legataire des meubles & acquests, & heritier des propres de son frere: parceque d'un côté l'article 300. dit, que *nul ne peut estre heritier & legataire d'un défunt*; & de l'autre nous supposons icy un heritier en directe ascendante, qui prend des biens de la collaterale à titre de legs: ou un heritier collateral qui prend des biens de la ligne ascendante au même titre. Ainsi il semble que suivant les principes qui viennent d'estre établis, toutes ces qualitez peuvent compatir.

Ce qui fait conclure pour la negative, c'est que nous n'avons point admis le prélegs dans la Coutume de Paris, non pas même des biens d'une ligne, au profit des heritiers de l'autre ligne. L'article 300. qui vient d'estre cité estant conçû en termes generaux, & défendant le concours des qualitez d'heritier & de legataire; au lieu que la qualité de donataire n'est declarée incompatible avec celle d'heritier, par les articles 304. & suivans, qu'à l'égard de la directe descendante. De plus, le legs estant dû aprés la mort du testateur, il se fait une confusion en la personne de l'heritier legataire, qui ne peut pas estre agent & patient, creancier & debiteur. Le frere même ne peut pas estre reputé étranger, à l'égard des meubles & acquests, puisqu'il y succede au défaut du pere. Ainsi la Coutume ayant usé de termes generaux & prohibitifs, elle est observée indistinctement; ce qui a esté jugé par un Arrest du 11. Mars 1581. rendu entre les heritiers collateraux de Claude de Condom d'une part, & sa mere d'autre, par lequel il a esté decidé que la mere heritiere des meubles & acquests, ne pouvoit estre legataire d'aucuns propres: & cet Arrest est rapporté par Charondas sur les art. 300. & 301. de la Coutume de Paris, & par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre I. de Monsieur Loüet, nomb. 17. quoique dans le Commentaire manuscrit sur la même Coutume, lequel on impute à Maistre Charles du Molin, il soit dit sur l'article 121. nomb. 11. que le pere heritier des meubles peut encore estre legataire des propres de son fils, à l'egard desquels il est reputé étranger; mais peu de personnes estiment que ce Commentaire soit de Maistre Charles du Molin.

Quelques uns ont conclu de cette prohibition de la Coutume, que la simple addition d'heredité en directe annulle le legs fait à l'heritier; mais ils se trompent: car le fils unique, par exemple, peut estre legataire & heritier: de même le legs fait au petit-fils, n'est pas annullé par l'addition du fils, qui se porte heritier & rapporte ce legs, & qui ne peut pas neanmoins obliger le petit-fils de s'en dépoüiller, c'est pourquoy, en quelque Coutume que ce soit, même en celles qui obligent plus particulierement au rapport en especes, le fils en ce cas ne doit que l'estimation de la chose donnée au petit-fils. 32. Si la seule addition d'heredité faite en directe annulle le legs fait à l'heritier.

Enfin, quoiqu'un ascendant ait la simple reversion des biens par luy donnez, sans estre heritier des meubles & acquests: parceque, par exemple, c'est un ayeul, & que le donataire laisse son pere pour heritier de ses meubles & acquests; neanmoins cet ayeul qui a la simple reversion, ne pourra pas estre legataire du quint des propres; parcequ'il ne peut avoir cette reversion qu'en qualité d'heritier, principalement dans la Coutume de Paris, à moins qu'il ne l'ait stipulée par la donation. De même & à plus forte raison, dés qu'un ascendant aura accepté l'usufruit en vertu de l'article 311. de la même Coutume, il ne pourra plus estre legataire. Voyez le nomb. 39. 33. Si un ayeul qui n'a que la reversion, peut estre legataire dans la Coutume de Paris.

Il y a un cas neanmoins dans lequel on peut estre heritier & legataire au préjudice de ses coheritiers de la même ligne, qui est, lorsque des neveux viennent à la succession d'un oncle avec leurs autres oncles freres du défunt, & qu'il y a des biens situez en une Coutume où la representation des neveux n'a point lieu, & d'autres biens situez en des Coutumes où elle a lieu: car le neveu n'estant point heritier dans cette Coutume particuliere, y pourra estre legataire, quoiqu'il soit heritier en ces autres Coutumes: parceque, comme c'est la Coutume qui defere la succession, il suffit qu'il y ait quelque Coutume dans laquelle on ne puisse estre heritier par une incapacité ou une exclusion établie par la Coutume même, pour pouvoir estre legataire dans cette même Coutume, quoiqu'on soit heritier dans une autre. Mais il faut pour cela estre précisément exclus & declaré incapable de la succession par la Coutume, dans laquelle on veut prendre un legs. Car si un testateur qui a son domicile & ses meubles à Paris, & ses biens propres en une autre Coutume, leguoit à un de ses freres ses meubles & acquests, le legataire ne pourroit pas estre he- 34. Espece & explication de l'Arrest des Bureaux.

image
not
available

Coutume, & quoique ces biens seroient peut-estre suffisans pour toute sa legitime, qu'il ait encore droit d'exiger une autre legitime dans une autre Coutume, auquel cas il seroit quelquefois plus avantagé qu'un heritier, cela ne doit pas non plus estre souffert pour les doüaires : ainsi cela ne doit pas l'estre pour les successions, dont la legitime tient lieu, comme le doüaire tient lieu de la legitime.

La raison de l'égalité défend principalement cette nouveauté, car un testateur qui aura cru remplir les droits & les esperances d'un de ses heritiers présomptifs, en luy leguant une terre considerable, dont la valeur excede ce que cet heritier pouvoit esperer pour sa part afferante, se trouvera avoir fait un avantage trés-considerable à cet heritier qui prendra cette terre pour son legs, & renonçant en cette Coutume, partagera également avec ses coheritiers dans les autres Coutumes. Ainsi on éludera sa disposition,& cet heritier qu'il a entendu partager à peu prés selon la Coutume, aura le double ou le triple de sa part afferante.

De même, si on admet qu'une même personne soit legataire & heritier en diverses Coutumes, on doit aussi admettre qu'on soit doüairier & heritier en differentes Coutumes, car il n'y a aucune raison de difference, & les Coutumes disent également qu'on ne peut estre legataire ou doüairier, & heritier; de même rien n'empêchera non plus qu'on ne soit legitimaire en une Coutume, & heritier dans une autre, pour ne point rapporter certaines choses à la legitime, qui se rapporteroient à la succession: par exemple, les donations faites aux enfans du legitimaire, & par ce moyen il n'y aura plus d'égalité, ni de regles. Les Coutumes n'auront plus lieu,& nos Novateurs triompheront de ces Loix qui ont esté si saintement établies. L'égalité ne sera plus observée ni en directe, ni en collaterale, & la haine irreconciliable entre freres, suivra de prés les avantages injustes ausquels l'opinion nouvelle, plûtost que la volonté des testateurs, aura donné lieu.

Il y aura encore plus d'inégalité dans le payement des dettes, car l'heritier qui se tiendra à un legs considerable, quoique particulier, & non universel, qui luy aura esté fait en une Coutume, & renoncera dans cette Coutume, en sera quitte pour payer sa part afferante des dettes qui auront esté regalées sur les biens d'une autre Coutume, où il se portera heritier, ce qui fera souvent qu'il aura beaucoup plus de profit, & cependant qu'il payera beaucoup moins de dettes que ses coheritiers, & produira une double lesion à leur préjudice.

35. On peut estre legataire des biens de Paris, & renoncer comme heritier présomptif aux biens du Maine.

Que si quelqu'un domicilié à Paris, & ayant des biens à Paris & au Maine, legue des biens de Paris à un de ses heritiers présomptifs, ce legataire se pourra tenir à son legs, & renoncer aux biens du Maine; quoique la Coutume en obligeant le renonçant au rapport, fasse des heritiers necessaires qui semblent par consequent ne pouvoir pas estre legataires; parce que la Coutume du Maine est réelle, & sa disposition ne s'étendant pas hors son ressort; il suffit à ce legataire de ne prendre aucuns biens au Maine à titre de legs ni de succession, & la Coutume de Paris n'ayant point de semblable disposition, & n'estant point une Coutume d'égalité précise, il peut renoncer & prendre les meubles & acquests qui luy sont leguez à Paris. Il n'en seroit pas de même si le défunt avoit eu son domicile au Maine: auquel cas cet heritier présomptif ne pourroit profiter d'aucuns meubles à titre de legs ou de donation; mais seulement des acquests & des propres sets à Paris.

Que si quelqu'un est heritier & legataire de son pere à Rheims, où les qualitez de legataire & heritier peuvent compatir, il pourra estre heritier à Paris; mais si l'immeuble legué est à Paris, quoique le pere demeurât à Rheims, l'incompatibilité aura lieu, & l'exclura du legs, ou de la succession. Que si le pere demeuroit à Paris, & que le legs fût mobilier, elle auroit encore lieu : autre chose au cas que le pere eût son domicile à Rheims : car en ce cas le fils pourroit prendre le legs mobilier à Rheims, & heriter à Paris, & à Rheims, de même si le legs immobilier estoit à Rheims.] 36. Concours de Coutumes du l'incompatibilité des qualitez a lieu, avec Coutumes où elle n'a pas lieu.

Nous expliquerons au Chapitre suivant nombre 24. qu'un enfant ne peut pas estre heritier dans une Coutume où le doüaire n'est que viager & doüairier dans une autre Coutume, où le doüaire est propre, parce que les qualitez de doüairier & d'heritier sont incompatibles, par la raison seulement que le doüaire tient lieu de la succession.

Sur ce fondement j'estime, qu'un puisné ne peut pas estre legataire en Ponthieu, où la Coutume semble l'exclure de la succession, & heritier à Paris, où la Coutume l'admet pour heritier : dautant que le quint viager, que cette Coutume donne aux puînez, leur tient lieu de legitime, & les rend en quelque façon heritiers : quoiqu'elle declare expressément qu'elle ne veut qu'un seul heritier qui est l'aîné. C'est ainsi que l'ancienne Coutume de Bretagne n'admettant en succession collaterale de personnes nobles qu'un seul heritier qui estoit l'aîné, Monsieur d'Argentré a estimé sur cet article, qui estoit le 218. gl. 9. nomb. 9. que l'on ne pouvoit pas donner aux autres; parce que ç'auroit esté frustrer l'intention de la Coutume, que de faire des donataires ou des legataires de ceux, que la Coutume excluoit de la succession.

37. La fille mariée exclute dans une Coutume peut être legataire dans cette Coutume, & heritiere dans les autres.

Il n'en est pas de même d'une fille mariée dans une Coutume, où les filles mariées ne succedent point, comme dans la Coutume de Bretagne, à l'égard des filles nobles : car s'il y a des biens dans d'autres Coutumes, où les filles mariées ne soient point excluses de la succession, sans une renonciation formelle, elle pourra estre legataire dans la Coutume qui l'exclut, & heritiere dans les autres Coutumes qui l'admettent, & ses freres ne la pourront pas obliger au rapport de son legs, jusques à la concurrence de ce qu'il est permis par la Coutume de donner à une fille. Et je ne crois pas même que le frere soit recevable à luy offrir un partage égal dans toutes les Coutumes; parce qu'elle doit joüir de toutes les liberalitez qu'il a esté permis de luy faire par les Coutumes, d'autant plus qu'elle pouvoit estre tout-à-fait excluse, & estre obligée de se contenter de la moindre dot, qui luy eût esté constituée.

L'on peut demander si une fille noble mariée & dotée en Bretagne, ou autres Coutumes d'exclusion, est obligée en succedant aux biens de Paris, de rapporter la dot entiere qui luy a esté constituée, & supposé qu'elle ne la rapporte pas entiere, quelle portion elle sera obligée d'en rapporter? Surquoy il se peut rencontrer cinq avis differens. Le premier, de ceux qui estimeront qu'elle ne rapportera rien aux biens de Paris, & qu'elle sera présumée avoir esté dotée pour les biens de Bretagne, dont elle sera excluse par sa donation. Le 2. de ceux qui croiront qu'elle rapportera sa dot entiere. Le 3. de ceux qui diront

image
not
available

40. Qui sont ceux qui se peuvent dire veritables coheritiers, selon Maistre Charles du Molin.

Il faut avoüer neanmoins que cet Auteur ajoûte une distinction, qui semble contraire à ce qui vient d'estre dit, que si quelqu'un laisse pour heritier d'un côté un frere uterin; & de l'autre un cousin paternel, à la verité ce frere & ce cousin ne sont point coheritiers : parce qu'étant dans un degré inégal, ils recueillent des successions differentes; mais que si quelqu'un laissoit des heritiers du même degré, quoique de differentes lignes, ces heritiers passeroient pour des coheritiers entr'eux, & n'auroient pas des successions differentes, & même comme s'il vouloit toucher en passant nôtre question, il dit, qu'entre heritiers du même degré les propres de differentes lignes ne faisant point de successions differentes, tiennent lieu seulement de prelegs : *Sed si essent ejusdem gradûs heredia propria unius lateris, nullam haberent vicem separatæ hereditatis; sed solùm cujusdam prælegati.*

Sur le fondement de laquelle distinction, le Fevre & Blanc-baston estoient coheritiers. Ainsi le Fevre estoit avantagé entre les heritiers; mais Blanc-baston l'estoit dans les propres de son coheritier. Or y a-t-il rien qui soit plus contraire à l'esprit de ces Coutumes, qui défendent d'avantager aucun de ses heritiers presomptifs, que de dire que l'on puisse avantager un de ses heritiers, dans les propres de l'autre ? Ce qui me feroit croire volontiers que la Cour a eu dessein de temperer la rigueur de la Coutume, qui lie un peu trop les mains de ses sujets; si ce n'est qu'on dise icy qu'on ne peut pas rendre raison de tout.

41. Si l'heritier des propres d'une ligne, peut estre legataire des propres de l'autre ligne.

Enfin, l'on peut demander si un heritier des propres d'une ligne, peut dans la Coutume de Paris estre legataire du quint des propres de l'autre ligne : & il faut conclure que cela ne se peut sur le fondement des principes cy-dessus établis. Aussi outre l'Arrest de Condom qui a esté cité en cet endroit, pour avoir jugé qu'une mere ne pouvoit pas estre heritiere des meubles & acquests, & legataire du quint des propres paternels, il y en a un pour l'espece dont il s'agit, qui est du Mardy 9. Fevrier 1610. rendu en interpretation de l'article 300. de la Coutume de Paris, touchant le legs fait par Damoiselle Marguerite Boesse à Pierre & François Joullet sieurs de Châtillon ses neveux, par lequel la Cour ordonna, que les legataires auroient délivrance du legs en renonçant à la succession, & jugea que les neveux ne pouvoient pas être heritiers des propres d'une ligne, & legataires des propres d'une autre ligne; lequel Arrest est rapporté par Maistre Jacques Corbin, Plaidoyé 52. & par Brodeau sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nomb. 17. Arr. 1.

☞ Il y a neanmoins une exception à apporter à cette regle : lorsqu'en ne souffrant pas le concours des qualitez de legataire & heritier, il faudroit admettre que les propres d'une ligne passassent à l'autre ligne : ce qui est un inconvenient beaucoup plus grand, que d'admettre le concours de ces qualitez. Cela s'est presenté en cette espece; un Particulier n'ayant point d'enfans, & laissant pour heritiers presomptifs un cousin germain du côté paternel, & un cousin germain du côté maternel, & n'ayant que des propres maternels & des meubles & acquests, fit un legs universel de ses meubles & acquests, & du quint de ses propres au profit de son cousin maternel, qui accepta ce legs. Le cousin paternel prétendit qu'au moyen de cette acceptation, le legataire ne pouvoit pas profiter des quatre quints des propres maternels, qui luy devoient tenir lieu des meubles & acquests, dont il estoit frustré au moyen du legs universel; le legataire soutint au contraire, que comme le cousin paternel ne pouvoit jamais profiter des propres maternels, il luy estoit indifferent qui les recueillît, si l'heritier au plus proche degré; ou l'heritier d'un degré suivant. Enfin cet heritier maternel du degré suivant intervint, qui demanda ces quatre quints des propres de sa ligne, par la même raison dont se servoit l'heritier paternel, soutenant que le cousin germain, qui estoit dans le degré superieur, ne pouvoit pas estre heritier & legataire tout ensemble, & qu'ayant dû renoncer à la succession avant qu'accepter le legs universel, il se faisoit une dévolution des biens de la ligne au profit du degré suivant où il se trouvoit.

Raisons pour le cousin paternel.

Le cousin paternel disoit que la regle de l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier estoit établie pour conserver quelque égalité entre les heritiers collateraux, & que cette égalité ne pouvant pas estre si absoluë dans cette ligne, parce que le rapport des donations entre-vifs n'y a pas lieu, nos Coutumes l'ont voulu observer autant qu'il estoit possible, en ôtant tout prelegs qui feroit un avantage dans les biens extans lors du decés : Que si le legataire ne luy auroit pas fait de préjudice en prenant les quatre quints des propres maternels, il luy en faisoit un considerable, en luy ôtant par le moyen de son legs universel, la moitié qui luy appartenoit dans les meubles & acquests : & qu'ainsi puisque ce legataire s'estoit déterminé d'accepter ce legs, & qu'il ne pouvoit estre heritier & legataire, il étoit juste qu'il se recompensast sur ces quatre quints des propres maternels, de la moitié qu'il perdoit dans les meubles & acquests, & cela *vice permutati dominii*; & comme par une espece d'échange, tel qu'il s'en fait journellement dans les partages de successions, où l'on donne souvent à un heritier paternel des propres maternels, & *vice versa* : Que les Coutumes que l'on appelle de subrogation, indiquent encore cette recompense en subrogeant les meubles & acquests aux propres : Enfin, qu'il n'y a rien de plus juste que de dire que celuy qui a droit de choisir entre deux especes de biens, qu'il ne peut avoir conjointement : parce qu'il auroit besoin, à cet effet, de deux qualitez incompatibles, lorsqu'il s'attache à l'une des deux especes; l'autre soit dévoluë à celuy qui auroit profité de la premiere, & à qui il ôte par son choix & option ce qui luy estoit déferé par la Coutume : ce qui semble bien plus juste en l'espece, que de faire passer ces quatre quints des propres maternels à l'heritier qui se trouve dans le degré suivant, & au cousin issu de germain du côté maternel, qui en prenant les quatre quints des propres maternels, ne luy rendroit pas la moitié des meubles & acquests, que le degré le plus prochain luy ôte par le moyen du legs universel : Qu'en un mot la recompense qui luy estoit deuë pour sa moitié des meubles & acquests, estoit preferable au droit d'un heritier éloigné qui paroissoit d'intelligence avec le legataire universel pour emporter tous les propres de leur ligne, & les meubles & acquests devoient estre communs aux deux lignes, & que c'estoit là le seul moyen de garder l'égalité entre les lignes, qui estoit le principal objet de la regle qui établit l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier.

image
not
available

n'y a aucun texte dans le Droit qui admette ce rapport, & que nostre usage y repugne si fort, qu'estant échapé à l'une de nos Coutumes, qui est la Coutume de Bourbonnois, art. 313. de dire en plurier que *le rapport a lieu en successions directes*, ce qui sembloit comprendre les successions directes des ascendans & des descendans, Maître Charles du Molin eut soin de rétablir cela sur le pied du Droit commun, & de faire une Note sur cet article, où il dit, *secundùm jus commune intelligitur, ad quod tacitè refertur, ideo ascendentes non conferunt, quia jure non cavetur.* J'inclinerois aussi à dire sur le même fondement, qu'un ayeul ayant la reversion des choses par luy données à son petit-fils, & le pere devant avoir la succession des meubles & acquests, l'ayeul pourroit encore estre legataire des meubles & acquests pour le tout ou pour partie, au préjudice du pere. Encore un coup, je trouverois beaucoup de raison dans ces décisions, mais il est mal-aisé de resister à la resolution generale & indéfinie de l'art. 300. de la Coutume de Paris, qui dit, *aucun ne peut estre heritier & legataire d'un défunt ensemble.* Voyez cy-dessus le nomb. 32. de cette Section.

43. Le rapport a lieu en ligne collaterale, ou par une disposition singuliere de la Coutume, ou par une disposition précise de l'hôme. De la clause en avancement d'hoirie.

Enfin, il y a quelques exceptions à apporter aux maximes generales qui viennent d'estre établies. Car quelquefois le rapport se fait en la ligne collaterale par la disposition expresse de la Coutume, comme à Chauny, suivant l'art. 47. de la Coutume, en Anjou & au Maine. Cela arrive aussi en vertu d'une clause précise apposée en la donation, & que la Coutume de Sens permet en l'art. 264. mais cette clause, non plus que celle par laquelle on donne en avancement d'hoirie, n'oblige le donataire au rapport qu'en cas qu'il se porte heritier, ce qui luy est libre; la condition qui resulte de ces clauses n'estant pas d'accepter la succession & de rapporter, mais bien de rapporter supposé que l'on accepte la succession. Ensorte qu'un donateur qui voudroit seulement avantager un de ses heritiers présomptifs d'une joüissance anticipée, & l'obliger précisément au rapport, devroit stipuler expressément que le donataire seroit tenu de rapporter à sa succession, même en cas qu'il voulût renoncer, laquelle stipulation est valable, n'empêche point la tradition, & ne peut point passer pour une institution contractuelle: Aussi les Coutumes du Maine & d'Anjou la justifient assez. Mais à moins d'une clause aussi formelle, le donateur est censé avoir voulu conformer sa disposition au Droit commun, & n'obliger son heritier présomptif au rapport qu'en cas qu'il acceptât sa succession, selon la Loy *Ex causa C. famil. ercisc.* Il est vray que Maistre Charles du Molin sur l'article 17. de l'ancienne Coutume de Paris, nomb. 4. a estimé qu'une donation faite en avancement d'hoirie, obligeoit précisément le donataire au rapport, & estoit resoluë & aneantie, dés que le donataire refusoit de rapporter, & de se porter heritier. *Si postea filius donatarius non velit esse heres, resolvitur donatio tanquam causa finali non secuta, & res revertitur ad corpus successionis;* mais il n'est pas suivi en cela, l'on juge que l'art. 307. de la nouvelle Coutume, qui permet de renoncer en se tenant à son don, comprend même ce qui est donné en avancement d'hoirie, & nous avons une Coutume qui en dispose expressément, qui est celle de Montfort, art. 150. à quoy se rapporte l'art. 47. de celle de Chauny, outre que M. d'Argentré dit fort bien, que la clause d'*avancement d'hoirie*, n'est pas extrêmement conforme aux principes de nostre Jurisprudence, selon lesquels la qualité d'heritier ne dépend point du choix de la personne, mais la disposition de la Loy, & en tout cas, on ne la devroit donner que par un contrat de mariage, qui est le seul où les institutions contractuelles soient permises.

Quelques-unes des Coutumes qui établissent le rapport en ligne collaterale, semblent le limiter à de certains degrez, comme la Coutume du Maine, qui dit en l'art. 278. qu'une personne roturiere ne peut faire la condition d'un de ses heritiers meilleure que celle des autres, *ni celle des heritiers de ses heritiers.* Et l'on a jugé, que par ces derniers mots le rapport estoit limité à ce qui estoit donné aux heritiers des heritiers en collaterale, par exemple aux enfans des freres, les freres estant heritiers, mais que les enfans des neveux n'estoient point prohibez, & qu'on n'obligeoit point les freres heritiers de rapporter ce qui avoit esté donné à leurs petits-fils. Il y en a un Arrest du 5. Avril 1557. Enfin, dans nos Coutumes qui disent, qu'on ne peut estre heritier & legataire, rien n'empêche qu'en ligne collaterale le fils de l'heritier ne soit legataire, ce qui a esté jugé par un Arrest du 7. Fevrier 1588. rapporté par Fortin & Ricard, sur l'article 300. de la Coutume de Paris; aussi le 306. ne parle que de la succession & de la donation en directe. 44. Du rapport de ce qui est donné aux heritiers des heritiers.

☞ Ce qui a un peu embarassé la question autrefois: c'est la maxime qu'en droit le pere & le fils estoient considerez volontiers comme une même personne, laquelle estoit fondée principalement sur la puissance paternelle, c'estoit pour cela que le pere ne pouvoit pas plus agir contre son fils, que contre soy-même, *l. ne cum 16. ff. de furt.* Mais si on oste cette puissance le pere & le fils sont deux; de même ils ne sont qu'un quand il ne s'agit que de l'interest du pere & du fils, mais ils sont deux au respect d'autruy; c'est pourquoy le fils peut estre arbitre entre son pere & un étranger, pourvû que l'étranger en convienne, *l. quin etiam ff. de recep. arb.* de plus le fils peut cautionner son pere envers un étranger, *l. 10. §. 1. de fidejuss.* A plus forte raison dans nôtre Droit qui n'a point reçû la puissance paternelle, le pere & le fils sont considerez comme deux personnes, & en collaterale le pere peut estre heritier, & le fils legataire; les Coutumes l'ont assez préjugé quand elles n'ont desiré le rapport de ce qui a esté donné aux enfans de l'heritier, qu'à l'égard de la seule ligne directe.]

Nous entrons insensiblement dans la matiere des rapports, qui se font pour autruy. Et en premier lieu, le fils rapporte ce qui a esté donné à son fils par son pere, ayeul du donataire; parce que l'ayeul donne à son petit-fils en vûë & en consideration de son fils, & c'est pour cela que la Loy *Dotem 6. ff. de collat. bon.* établit le droit de reversion en faveur du pere aprés la mort de l'ayeul, de ce qui avoit esté donné par l'ayeul au petit-fils. *Occurrit aquitas rei, ut quod pater meus propter me filia mea nomine dedit, proinde sit, atque ipse dederim; quippe officium avi circa neptem, ex officio patris circa filium, pendet; & quia pater filia, ideo avus propter filium, nepti dotem dare debet.* C'est aussi la décision de l'art. 306. de la Coutume de Paris, ce qui s'observe dans les Coutumes qui n'ont point de disposition contraire, ☞ quoiqu'opposé à la disposition du Droit en la Loy *filium ff. de collat. bon.* qui dit qu'un fils émancipé qui demande la dot que l'ayeul a constituée à sa fille, n'est point tenu de la rapporter. Ainsi nous prenons bien la raison 45. Le fils rapporte ce que l'ayeul a donné au petit fils.

image
not
available

gé de rapporter à la succession de son pere ce qui luy avoit esté donné par l'ayeul, parce que le pere ne l'avoit point rapporté luy-même, se tenant à son don & à son legs, & n'estant point heritier de l'ayeul. Que si le pere qui estoit donataire & legataire de l'ayeul avoit des freres & sœurs, l'on peut dire que l'Arrest est rendu en plus forts termes que le précedent. Cette circonstance n'est point expliquée par Monsieur Loüet, & Maistre Antoine Mornac, qui rapporte cet Arrest sur la Loy *Avus ff. de jure dotium*, n'en dit rien non-plus, mais il fait tomber la décision de cet Arrest, sur une circonstance particuliere, qui estoit que l'ayeul donatrice avoit énoncé des services qu'elle avoit reçûs de son petit-fils.

53. Temperamment qui doit estre apporté au dernier de ces deux préjugez.

Il semble qu'il faudroit dire aux termes de cet Arrest, qu'en general si un pere ayant fait des donations à son fils & d'autres à son petit-fils enfant du même fils, le fils renonce à la succession du pere, le petit-fils ne sera point obligé à aucun rapport, mais comme apparemment le fils en ce cas, renonce à la succession du pere, tant à cause de la donation faite au petit-fils, laquelle il auroit esté obligé de rapporter, que pour ne pas rapporter ses propres donations; & qu'ainsi il semble que le fils donne au petit-fils en renonçant en partie à cause de ces donations, comme d'autres fois il est présumé luy donner en rapportant pour luy; j'estime qu'il faut examiner si le fils avoit sujet de renoncer à cause des seules donations qui luy avoient esté faites; car, en ce cas, il est indifferent aux autres petits-fils, que leur ayeul ait donné à leur frere, ou qu'il ne luy ait rien donné; mais si le don fait au fils a esté modique & qu'il soit vray-semblable que s'il n'avoit eu que ce don à rapporter, il n'auroit pas laissé de se porter heritier, & qu'ainsi une des causes impulsives de sa renonciation, a esté le don fait au petit-fils dont il craignoit le rapport, en ce cas, le petit-fils rapportera dans la succession du fils à proportion de son don.

54. Du rapport des branches.

Enfin, s'il arrive que d'une branche de petits-fils, quelques-uns estant donataires de l'ayeul, renoncent à sa succession, même à celle du pere, qui est mort avant l'ayeul, & quelques autres se portent heritiers de l'ayeul, en ce cas, ceux-cy rapportent pour les renonçans à la succession de l'ayeul, les donations qui leur ont esté faites, supposé, par exemple, que quelqu'un ait eu deux enfans qui sont prédecedez, & que de l'un d'eux il ait eu trois petits-fils, & deux de l'autre, & que de la branche des trois il en ait marié & doté deux, ceux-cy renonçant à sa succession, même à celle de leur pere, le troisiéme de la même branche sera obligé de rapporter aux deux petits-fils de l'autre branche les donations qui auront esté faites à ses freres, sauf à luy à demander sa legitime contre les donataires; parce que ce qui est donné par l'ayeul aux petits-fils est présumé donné au pere, ou au moins en faveur du pere, quoique décedé avant la donation de l'ayeul, & comme le partage de la succession se fait par souches entre les petits-fils, l'on peut dire que le rapport se fait aussi par souches, c'est-à-dire, que la souche qui partage rapporte ce qui luy a esté donné; quoique quand le donataire vient luy-même à partage, il est seul obligé au rapport.

55. Ancienne Jurisprudence du rapport des branches changée.

Il y avoit à la verité d'anciens Arrests, qui jugeoient le contraire, & entre les autres un du 21. Mars 1588. & un du 20. Decembre 1602. rapporté par Monsieur Loüet, en la lettre D. nomb. 56. & ces Arrests établissoient l'égalité des branches par une autre voye; car ils faisoient partager la portion des renonçans entre toutes les branches, supposant que la donation avoit porté également préjudice à toutes les branches, mais on a consideré depuis que l'accroissement se fait naturellement à la branche; & non point à la succession, parce que la succession de l'ayeul se partage par souches, & non point par testes; & que c'estoit une irregularité, que de faire ce partage entre les branches, d'autant plus qu'en obligeant les freres qui sont heritiers, de rapporter pour leurs freres qui sont donataires, l'on ne blesse point les regles de l'accroissement, & l'on garde l'égalité entre les branches.

56. Inconvenient de la nouvelle Jurisprudence.

Quoiqu'à vray dire, si cette derniere Jurisprudence est plus reguliere, elle est dure à l'égard des freres, que l'on oblige au rapport de choses que ni eux ni leur pere n'ont jamais reçû; ce qui n'est pourtant pas sans exemple, puisqu'il arrive à peu prés la même chose, quand on oblige les petits-fils de rapporter à la succession de l'ayeul ce qu'il a donné à leur pere, dont ils ne sont point heritiers; & la seule difference qu'il y a, c'est que dans nostre espece la donation n'est que présumée & reputée faite au pere, au lieu que dans cette derniere espece, la donation luy est faite actuellement, mais dans l'un & l'autre cas, la donation est inutile à ceux que l'on oblige au rapport, soit qu'on oblige les petits-enfans de rapporter ce qui a esté donné à leurs freres qui renoncent, soit qu'on les oblige de rapporter ce qui a esté donné à leur pere, à la succession duquel ils renoncent. Quoy qu'il en soit, nostre question a ainsi esté reglée par un Arrest de la prononciation de Noël de l'an 1606. rapporté par Monthelon, Arrest 109. où il rappelle aussi l'Arrest contraire de 1588. & par Brodeau sur la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 56. Arr. 9.

57. Le rapport des branches imite celuy des personnes.

☞ Il faut aussi poser pour principe que le rapport des branches, suit les regles que les Coutumes établissent pour le rapport qui doit estre fait par les personnes; car il est fait pour égaler les branches, comme le rapport des personnes est fait pour égaler les personnes, & comme la regle de l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier est établie pour égaler en quelque façon les lignes en empêchant les prélegs, cela présupposé voici une espece qui s'est presentée.

58. Si le rapport des branches a lieu quand l'heritier testamentaire où le legataire prend le contenu en sa disposition en païs de prélegs à espece.

Un mari a institué sa femme son heritiere en païs de Droit écrit, à la charge de rendre sa succession lors de son decés à l'un de ses enfans, la femme avoit satisfait au fideicommis, & preferé non pas un de ses enfans, mais l'aîné d'un de ses petits-fils qui luy restoient d'un fils qui estoit prédecedé; & le testament avoit esté confirmé par Arrest de la Grand'-Chambre, mais comme il se trouva des biens dans l'étenduë de la Coutume de la Rochelle, qui n'est pas une Coutume de prélegs; mais d'égalité, l'aîné des petits-fils ainsi préferé par son ayeule renonça à ces biens, qui firent la matiere de la succession *ab intestat*, à laquelle vinrent les autres enfans du testateur, & les autres petits-fils freres & sœurs de celuy qui avoit esté ainsi préferé: mais les premiers demanderent à ceux-cy le rapport des branches, c'est-à-dire, qu'ils eussent à rapporter ce que leur aîné prenoit dans les Provinces de Droit écrit.

Raisons des enfans qui demandoient le rapport.

Leurs moyens consistoient à dire que selon nôtre principe, il faut regler le rapport des branches, comme le rapport des personnes, & que de même qu'un fils ne pouvoit pas estre heritier testamentaire dans les Provinces de Droit écrit,

image
not
available

les biens des Coutumes d'excluſion, juſques à concurrence de ce que l'on pouvoit donner par ces Coutumes à cette fille dotée : enſorte qu'elle vient ſouvent aux biens de Paris ſans rien rapporter, la dot en ce cas ayant recompenſé l'excluſion à proportion de ce que la Coutume permettoit de donner à une fille déja dotée ; mais dans l'eſpece propoſée, le legs ou l'inſtitution n'eſt point faite pour recompenſer le petit-fils d'aucun défaut de repreſentation, ni d'aucune excluſion ; puiſque le petit-fils peut même eſtre legataire & heritier en païs de Droit écrit ; au contraire, dans la penſée du teſtateur il tient lieu de ſucceſſion : & cependant la branche preferée en la perſonne de ce petit-fils par une inſtitution univerſelle demeurera encore heritiere, non ſeulement en païs de Droit écrit ; mais encore à Paris ou à la Rochelle, dont les Coutumes deffendent preciſément les prelegs. Que ſi l'on a jugé que la qualité de femme commune eſt perſonnelle, & s'étend ſur tous les biens qui ſont acquis pendant la communauté, en quelque lieu qu'ils ſoient ſituez, & cela ſoit qu'elle ſoit fondée ſur la diſpoſition de la Coutume du domicile, ou ſur une clauſe du contrat de mariage, pourquoy ne jugera-t-on pas celle d'heritier auſſi perſonnelle, & que comme telle elle doit s'étendre par tout où l'heritier n'eſt pas exclus, & faire obſtacle à la qualité de legataire, ſi ce n'eſt dans les Coutumes de prelegs ; ou au moins impliquer une obligation de rapport.

Reſolution pour les petits-fils, & contre le rapport.

Nonobſtant tout cela, il faut dire que les petits-fils, freres de l'heritier inſtitué, ne ſont point obligez au rapport, parce que les differentes Coutumes font de differens patrimoines en une même ſucceſſion, pour ne pas dire qu'elles font même des ſucceſſions differentes ; ce que la multiplication des droits d'aîneſſe en differentes Coutumes juſtifie aſſez. Que ſi la bonne Juriſprudence eſt qu'il faut être exclus en une Coutume pour y pouvoir eſtre legataire, eſtant heritier *ab inteſtat* dans une autre, c'eſt par la ſeule raiſon que quand on eſt une fois heritier, on le doit eſtre de tout ce qui eſt déferé par les Coutumes, la qualité d'heritier ne ſe diviſant point ſuivant les Loix 1. & 2. *de adquir. vel amitt. hered.* qui viennent d'eſtre citées : d'où il arrive que celuy qui eſt une fois heritier dans une Coutume, devenant neceſſairement heritier dans toutes les autres où il le peut eſtre, il ſe trouveroit qu'il ſeroit heritier & legataire dans une même Coutume, contre la prohibition de la Coutume ; mais le même inconvenient n'arrive pas quand le legs ou l'inſtitution teſtamentaire ſont pour des biens ſituez en païs de prelegs : car s'il eſt vray de dire en ce cas, qu'une même perſonne eſt legataire & heritiere en une même Coutume ; au moins c'eſt dans une Coutume où ce concours n'eſt point prohibé : puiſqu'on la ſuppoſe Coutume de prelegs, ou que cela ſe trouve comme ici, en païs de Droit écrit : ainſi ce cas particulier fait exception à la regle.]

60. Un des deux petits-fils renonçant à la ſucceſſion de l'ayeul, & eſtant heritier du pere predecedé ; & l'autre renonçant à la ſucceſſiõ du pere, & ſe portant heritier de l'ayeul, celuy-cy rapportera ce que l'ayeul avoit donné au pere.

De même, ſi l'ayeul ayant donné au pere, un petit-fils renonce à la ſucceſſion de l'ayeul, & ſe porte heritier du pere, & l'autre petit-fils, frere de celuy-cy renonce à la ſucceſſion du pere, & ſe porte heritier de l'ayeul, ce dernier ſera obligé de rapporter à la ſucceſſion de l'ayeul la donation faite au pere. Et cette déciſion n'a rien de trop ſingulier : car ſi le petit-fils heritier de l'ayeul étoit fils unique, & qu'il renonçât à la ſucceſſion de ſon pere, il ſeroit obligé au rapport dont il s'agit, à plus forte raiſon, lorſqu'il a un frere qui a recueilli le don comme heritier du pere, auquel cas c'eſt un rapport de branches.

61. Ce qui eſt donné au pere en directe, eſt cenſé donné au fils ; mais ce qui eſt donné par le pere n'eſt pas cenſé donné par le fils.

L'on peut faire une obſervation ſur ce qui vient d'être dit dans les nombres precedens, qui eſt, qu'en directe ce qui eſt donné au pere eſt toûjours reputé donné au fils, & que le petit-fils eſt toûjours obligé de rapporter, dans la ſucceſſion de l'ayeul, ce qui a eſté donné à ſon pere : mais que ce qui eſt donné par le pere n'eſt pas reputé donné par le fils, & par conſequent n'eſt pas toûjours ſujet à rapport dans la ſucceſſion du fils, ſuivant les Arreſts du 16. Mars 1596. & 23. Fevrier 1632. rapportez par Fortin & Ricard ſur l'art. 306. de la Coutume de Paris ; à moins que cela n'oblige le fils même au rapport, auquel cas le fils du donateur qui rapporte à l'occaſion du petit-fils, luy donne en faiſant ce rapport pour luy. C'eſt pourquoy ſi l'ayeul a donné au petit-fils, le pere n'eſt point preſumé luy avoir donné, ſi ce n'eſt qu'ayant des coheritiers, il ait eſté obligé de rapporter à la ſucceſſion de l'ayeul, ce qu'il avoit donné au petit-fils, & nous pouvons appeller cecy, *donation de rapport*.

62. Si l'ayeul ayant donné au petit-fils, le pere meurt le premier, le petit fils donataire ne rapportera pas dans la ſucceſſion du pere.

Il y a encore un autre cas, où il ſe verifie, qu'en ligne directe ce qui eſt donné par le pere, n'eſt pas reputé donné par le fils en matiere de rapports : car ſi un Particulier ayant pluſieurs enfans, & de l'un d'eux pluſieurs petits-fils, donne à l'un de ces petits-fils, & que le pere de ce petit-fils decede avant l'ayeul donateur, & qu'il s'agiſſe de ſa ſucceſſion : en ce cas le petit-fils donataire ne rapportera pas à la ſucceſſion de ſon pere ce qui luy a eſté donné par ſon ayeul, parce que le pere ne luy a point donné, & n'a point non plus rapporté pour luy, eſtant mort avant le donateur : ce qui a eſté jugé par un Arreſt du 23. Fevrier 1632. & ce qui a lieu, encore qu'il ſoit vray de dire, que lorſque dans la ſuite l'ayeul viendra à mourir, ſuppoſé que le donataire renonce à ſa ſucceſſion, & ſe tienne à ſa donation, ſes freres ſeront obligez de faire, à cauſe de luy, le rapport des branches : parce que les freres du donataire ne peuvent pas, ſous pretexte d'un rapport futur, l'obliger luy-même de rapporter à la ſucceſſion de ſon pere, qui ne luy a rien donné directement ni indirectement, & le donataire ſemble devoir profiter, en ce cas, de l'ordre des decés, & de ce que ſon pere decede avant ſon ayeul.

63. Si dans ce même cas le petit-fils renonçant à la ſucceſſiõ de l'ayeul, il doit recompenſe à ſes freres, qui rapportent pour luy.

L'on pourroit encore aller plus loin, & dire que dans ce dernier cas, & lorſque l'ayeul viendra à deceder, le donataire en renonçant à ſa ſucceſſion, ne devra rien à ſes freres ; nonobſtant ce rapport des branches, qu'ils ſeront tenus de faire de ſa donation. Car on ne luy fera pas faire de rapport, puiſqu'il renonce ; & ce ſeroit confondre nos Coutumes avec celles d'Anjou & du Maine. D'ailleurs, il n'y a point d'action dans le Droit ni dans nos Coutumes, qui oblige, en ce cas, le donataire de donner aucune recompenſe à ſes freres. Enfin, on ne dira pas que ce rapport des branches ſoit une eſpece d'éviction, que les autres freres ſouffrent depuis le partage des biens du pere, & qui donne lieu à une garantie contre le donataire. Car la ſucceſſion de l'ayeul n'a point eſté partagée dans celle du pere, & les freres conſervent tout ce qu'ils avoient dans le partage de celle du pere. En un mot, les petits-fils qui ſe portent heritiers, trouvent cela de moins dans la ſucceſſion de leur ayeul, de la même façon que ſi l'ayeul l'avoit donné à leur pere, & que leur pere l'eût diſſipé, ou ſi le donataire avoit eſté non ſeulement donataire de

image
not
available

edictali C. de secund. nup. vers. sin autem, où il est dit, que la part du moins prenant ne regle pas celle du second mari, si le moins prenant est un donataire, qui ait moins que sa legitime, & qui s'en contente, *quam filius vel filia cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit : ita tamen ut quarta pars, quæ iisdem liberis debetur, ex legibus nullo modo non minuatur :* Ainsi on augmente sa part, en ce cas pour regler celle du second mari. Que si cela est ainsi, pourquoy n'obligera-t-on pas les donataires au rapport pour le même effet ? L'on peut ajoûter qu'il est decidé dans le Droit, que le rapport ne laisse pas d'avoir lieu entre personnes qui succedent à differens titres, comme entre un fils, qui est en puissance & qui est institué heritier ; & un fils émancipé qui demande la possession des biens : car quoique l'institué ne la demande pas aussi, ce qui luy est libre, le rapport ne laisse pas d'avoir lieu comme s'ils succedoient à même titre. Ainsi quoique dans le partage dont il s'agit, les enfans du premier lit viennent comme enfans, & le mari en vertu de son contrat de mariage, qui est reglé par l'Edit des secondes nôces, les enfans ne doivent pas laisser de rapporter suivant cette décision du Droit, qui est en la Loy *Si filius 10 ff. de collat. bon.* Enfin l'on peut dire que la faveur des enfans du premier lit, ne doit point icy empêcher le rapport : puisque la part du second mari ne se regle pas sur la moindre part des enfans du premier lit, mais sur la moindre part de tous les enfans en general : ainsi il ne doit entrer ni faveur ni haine dans ce partage : mais les enfans qui veulent estre heritiers rapportant tous ; & les autres se tenant à leur don, s'ils le veulent, la part du moins prenant doit regler celle du second mari, ou la part égale d'un des enfans quand ils se sont tous portez heritiers, comme en l'espece particuliere.

Raisons pour les enfans.

D'un autre côté l'on dit, que le rapport n'étant fait que pour l'égalité, qui est la seule raison pour laquelle le Jurisconsulte dit au commencement de ce titre : *hic titulus manifestam habet æquitatem*, il semble qu'il n'est necessaire qu'entre les enfans, que c'est pour cela qu'un fils peut estre donataire & heritier à l'égard du fisc qui est aux droits d'un autre enfant, à l'égard d'un legataire universel étranger, & à l'égard des collateraux, selon Chopin, sur la Coutume de Paris, liv. 2. titre 4. nomb. 17. que plusieurs estiment que les creanciers d'un coheritier ne peuvent pas demander le rapport : Que bien loin que la faveur des enfans pour lesquels le rapport a esté établi, persuade icy le rapport ; au contraire leur interest est qu'il n'y en ait point : Que si l'on en ordonnoit un, ce droit qui est établi en leur faveur, tourneroit à leur préjudice. Et l'on peut ajoûter pour répondre à la Loy 10. *ff. de collat. bon.* que le rapport a lieu entre des enfans qui succedent à divers titres : parce qu'ils sont tous enfans ; mais que quand il y a des étrangers qui sont instituez avec des enfans, ni les enfans ne rapportent point aux étrangers, ni les étrangers aux enfans. Ensorte même, que si un pere ayant trois enfans, avoit institué un étranger avec eux, & chacun des quatre, pour une quatriéme partie de sa succession, le rapport qui se feroit entre les enfans, n'augmenteroit point la part de l'étranger, à l'égard duquel il faudroit faire un partage particulier des biens qui se trouveroient au jour du decés. Tout cela fondé sur ce principe, que le rapport n'est établi qu'en faveur des enfans : & que bien loin qu'il puisse jamais estre fait à leur prejudice, il suffit qu'en ne faisant point de rapport, ils ne souffrent point de préjudice, pour faire que le rapport n'ait point lieu, suivant la disposition précise de la Loy 1. *ff. de collat. bon. §. 1. & 4.*

Resolution en faveur du second mari.

Il ne faut pas trop faire fond pour la décision de cette question sur l'exemple des créanciers : car on ne peut pas dire indistinctement que les créanciers ne puissent pas demander le rapport : ce qui sera examiné dans la question suivante. Cependant il faut considerer à l'egard de celle dont il s'agit, que l'Edit des secondes nôces restraint déja la liberté naturelle que peut avoir la femme qui se remarie de disposer des meubles & acquests, en luy défendant d'avantager son second mari au-delà de ce que le moins prenant de ses enfans doit avoir dans ses biens. C'est pourquoy quand il s'agit d'executer cette restriction, il n'est pas juste de favoriser encore les enfans, en les dispensant de faire un partage regulier à l'égard de leur beau pere, & de rapporter dans ce partage. Le second mari vient, non pas en vertu d'une disposition testamentaire, comme un étranger institué conjointement avec des enfans ; mais en vertu d'une donation entre-vifs, qui peut comprendre regulierement toute sorte de biens. Que si la Loy *Hac edictali*, & le premier chef de l'Edit ont voulu apporter du temperamment aux donations qu'on luy pouvoit faire, & en faire une espece d'heritier, c'est à dire, ne luy laisser en vertu de sa donation entre-vifs, qu'autant qu'à un des enfans, cela n'empêche pas qu'il ne soit toûjours à propos de considerer que son titre est une donation, qui de sa nature pouvoit aller plus loin que la part d'un enfant, & qu'il est juste au moins, que quand la femme l'aggrege dans la famille, & que la Loy en fait un heritier, au lieu d'un donataire, on ne luy retranche rien de la part qui doit appartenir à un heritier.

Au surplus, lorsque l'on dit que le rapport n'est établi qu'en faveur des enfans, & qu'il n'a point lieu entre les collateraux ni entre les ascendans, cela ne fait pas que les enfans qui reduisent le second mari à la part du moins prenant d'entre eux, puissent encore s'exempter de faire à son égard un partage regulier, dans lequel chacun rapporte ce qui luy a esté donné ; d'autant plus que la reduction que souffre le second mari, est un rapport qui est fait de sa part, & dont les enfans ne peuvent profiter qu'ils ne rapportent aussi de leur costé, & qu'ils ne l'égalent au moins prenant. Il semble même que l'exactitude avec laquelle on fait cette reduction, oblige aussi les enfans à un partage exact : car le second mari souffre ce retranchement dans tout ce qui approche de la donation, & la seconde femme le souffre dans son douaire, quand il est exorbitant, dans sa communauté quand elle est stipulée de tous biens, ou même quand elle n'y a pas apporté à peu prés autant que le mari, dans l'ameublissement quand il excede le tiers, dans les substitutions quand le second conjoint est substitué pupillairement. Ricard des substit. chap. 2. L'on peut ajoûter que si l'opinion contraire avoit lieu, il seroit facile à la femme de revoquer ce qu'elle auroit donné entre-vifs à son second mari ; ou de le diminuer notablement par des donations anticipées au profit de ses enfans, qui ne seroient point sujettes à rapport, & ne laisseroient

image
not
available

Coutumes d'égalité obliger le renonçant à rapporter, parce que la disposition de ces Coutumes est exorbitante, & doit estre restrainte autant qu'il est possible. Et c'est en ce cas qu'il faut dire que le rapport du renonçant, n'ayant lieu précisément que pour l'égalité, il ne doit point estre fait à un creancier: C'est sur le même principe que nous avons établi cy-dessus, chap. 4. nomb. 26. que l'heritier beneficiaire ne rapporte point aux creanciers les liberalitez qu'il a reçûës du défunt. Aussi la question a esté ainsi jugée par un Arrest du 20. Aoust 1674. rapporté dans le même Journal, part. 3. Journ. du 15. Septembre 1674.

71. Le fisc ni le Haut-Justicier aux droits d'un heritier, ne peuvent pas demander le rapport.

Enfin, le fisc, ni le Haut-Justicier, qui sont des heritiers irreguliers, quoiqu'aux droits d'un des heritiers, ne peuvent pas obliger ses coheritiers au rapport, ni leur objecter l'incompatibilité des qualitez de legataires & heritiers, selon Chopin, sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 3. nomb. 19. ni faire reduire le legs universel au quint des propres, ni estant aux droits d'un fils preterit, intenter la querelle d'inofficiosité contre le testament du pere.

72. Comment se rapporte un propre de la mere donné par le pere conjointement.

Voicy encore des especes où l'on doute au profit de qui se fait le rapport, ou dans quelle succession il doit estre fait. L'on suppose qu'un pere & une mere ayant marié & doté leur fille conjointement, luy ont neanmoins donné pour dot un bien qui estoit propre à la mere, laquelle estant decedée, la fille mariée veut venir à sa succession, & offre de rapporter la moitié de sa dot, c'est-à-dire, de ce propre de la mere. Les freres soûtiennent que ce rapport ne suffit pas, & qu'elle doit rapporter tout le propre; ce qui peut faire difficulté: car si lors du partage de la succession de la mere, le pere est encore en vie, il semble qu'il doive au remploi à la succession de la moitié du propre qui a esté donné, & que cette moitié doit plûtost retourner dans la succession de la mere par forme de remploi, que par forme de rapport, auquel cas si les biens de la communauté, & les propres du pere ne suffisoient pas pour le remploi, la perte devroit tomber sur la succession de la mere. Que s'il est decedé, ses heritiers doivent le même remploi.

Il faut pourtant répondre, qu'à moins que les freres n'ayent commencé par un partage de communauté, dans lequel on ait fait un remploi à la succession de la mere de la moitié de ce propre, le rapport se doit faire du total de l'heritage à la succession de la mere, parce qu'il n'est pas juste d'obliger les coheritiers de poursuivre un remploi, tandis que l'un d'eux a dans ses mains le propre de la succession. Et de fait, si le pere estoit insolvable, il seroit vray de dire, qu'encore que le pere & la mere eussent donné conjointement, neanmoins toute la donation se trouveroit faite aux dépens de la mere. C'est pourquoy, en ce cas, le total devroit estre rapporté à la succession de la mere, & quoique le pere soit solvable, il est encore de l'ordre, que les biens du costé du pere suivent la succession du pere, & ceux du costé de la mere, celle de la mere; pourvû que les biens soient extans, c'est à dire, qu'ils soient dans la succession, ou dans les mains des heritiers, qui sont tenus de les rapporter: car ce sont toûjours des biens du costé de la mere. Voyez la Loy *Si liquet 8. §. 1. C. de inoffic. donat.* J'estime donc, que les freres sont bien fondez dans leur prétention, & que l'heritage qui vient du costé de la mere, doit estre rapporté pour le total dans la succession de la mere, selon la Loy *Ut liberis 17. C. de collat.* qui dit, *ut in dividendis rebus ab intestato defuncti parentis, cujus de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia ejus profecta conferatur.* Et nous en avons une raison bien prompte, qui est que l'usage de nos rapports est, qu'ils se font toûjours à la masse de la succession, & non pas aux personnes des coheritiers. Aussi il y a plusieurs de nos Coutumes, qui ont ainsi décidé la question. La Coutume de Sens en l'article 88. aprés avoir parlé d'une dot donnée en conquests par le pere & la mere, ajoûte, *mais si la chose donnée estoit du propre desdits pere ou mere, elle se rapportera entierement en la succession de celui duquel elle procede:* à quoy est conforme l'article 142. de la Coutume de Troyes, le 245. de celle d'Auxerre, le 93. de celle de Laon, l'article 10. du chap. 27. des Donations de la Coutume de Nivernois, & l'article 134. de la Coutume de Bar. Et c'est sur cet article de la Coutume de Nivernois, que Maistre Charles du Molin a fait une note, dans laquelle elle ajoûte à la disposition de l'article, qu'en ce cas, les heritiers du pere estoient obligez de faire monter la legitime de la fille, jusques à la concurrence de la moitié de la dot. *Dummodo sibi detur legitima de bonis patris, usque ad valorem dimidiæ dictæ terræ: potest enim pater dotare de re aliena, & frater dotata patris heres tenetur de evictione.* Mais j'estime qu'il ne se faut attacher qu'à ces derniers mots de la Note, *tenetur de evictione*, pour dire que les autres enfans, supposé qu'ils soient heritiers du pere, & que le pere même, s'il vit encore, sont tenus d'indemniser la fille de la moitié de la dot, qu'elle est obligée de rapporter toute entiere à la succession de la mere, comme estant un propre maternel, parce que la dot est donnée en commun, quoique l'heritage soit particulier & propre à la mere, lequel recours elle n'aura même contre les heritiers du pere, qu'en cas qu'elle renonce à sa succession. Car à l'égard de la legitime, bien loin que les autres enfans soient tenus d'indemniser la fille mariée de la moitié de sa dot à titre de legitime; qu'au contraire cette moitié même de sa dot, qu'ils luy doivent rendre par forme de garantie, seroit sujette à la legitime des autres enfans.

73. Coutumes qui décident la question.

Nous avons une Coutume qui va plus loin que toutes celles qui viennent d'estre citées, c'est la Coutume de Reims: car dans les articles 317. & 318. elle regle le rapport des conquests, & celuy des propres, & se conformant aux autres Coutumes, à l'égard de l'espece dont il s'agit, elle parle de la recompense qui doit estre donnée à la femme, qui a doté un enfant commun d'un de ses propres, conjointement avec son mari, & elle dit, que si cette femme est recompensée en conquests, le propre ne se rapportera dans sa succession que pour moitié, & pour l'autre moitié dans la succession du pere.

Il en est à peu prés de même à l'égard du rapport du doüaire, & le propre de la mere donné conjointement par le pere & par elle, ne se rapporte point du tout par le fils donataire: Et c'est une décision favorable pour le doüaire, où l'on ne rapporte précisément que ce qui vient *ex substantia patris.* 74. Si le propre de la mere dôné à la fille par le pere & la mere, se rapporte au doüaire.

Que si dans cette même espece, où l'on suppose que le pere & la mere ayent doté conjointement d'un propre de la mere, il arrive que le pere décede le premier, & que les autres enfans veüillent obliger la fille donataire de rapporter à la succession du pere, la valeur de la moitié de l'heritage, en ce cas, il semble, suivant ce qui vient d'estre expliqué au nombre précedent, que la donataire est bien fondée à se défendre de ce 75. Quid si dans le cas du nombre 65. le pere prédecede.

image
not
available

1. Ce qui est sujet à l'imputation sur la legitime, est sujet à rapport.

APrés avoir examiné qui sont ceux qui peuvent demander le rapport, il faut traiter de ce qui est sujet à rapport, & la Loy penultiéme *C. de collation.* pose pour principe, que tout ce qui est imputé sur la legitime, est sujet à rapport, mais cette regle que nous pouvons aussi admettre, étend beaucoup plus les rapports dans nostre droit, que dans le Droit Romain : car il y a des choses qui s'imputent sur la legitime dans nostre droit, lesquelles ne s'y imputoient pas, selon le Droit Romain : par exemple, les donations entre-vifs, faites par les pere aux enfans : car dans le Droit, à moins qu'il n'y en eût clause précise, elles ne s'imputoient point sur la legitime, suivant la Loy *Si quando 35. §. & generaliter C. de inoffic. testam.* Mais comme il en faudroit toûjours venir à un détail des choses qui s'imputent sur la legitime, & se rapportent dans la succession *ab intestat*, pour faire application des especes particulieres à une regle generale, il faut dire, que tout ce qui est donné en directe, sous quelque couleur que la donation soit faite, est sujet à rapport.

2. Si la donation qualifiée remuneratoire est sujette à rapport.

Sur quoy l'on demande, si la donation qualifiée remuneratoire, est sujette à rapport? Et il est certain que cette donation n'a pas le caractere d'une veritable donation, parce qu'elle n'est pas faite par un pur esprit de liberalité, cependant c'est là le vray caractere des donations. Ainsi un creancier qui donne du terme à son debiteur, n'est pas toûjours reputé luy faire une donation, parce que souvent il ne le fait pas par un esprit de liberalité, mais pour son propre interest. *L. in ædibus 9. ff. de donat.* Ainsi une donation tout-à fait onereuse n'est pas une donation, & il est dit en la Loy 18 du même titre, que si quelqu'un donne un esclave, à la charge de l'affranchir incessamment, il ne fait point une donation, mais que si c'est à la charge de ne l'affranchir que dans un certain temps, comme dans cinq ans, il en fait une. Aussi la donation qui est pure remuneratoire, est précisement declarée n'estre point une veritable donation en la Loy *Aquilius Regulus 27. ff. de donation.* où le Jurisconsulte dit, *posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum*, & la Loy 34. §. 1. du même titre, dit, *si tamen donatio, non merces eximii laboris appellanda est, quia contemplatione salutis certo modo æstimari non placuit.* J'estime donc que dans la donation remuneratoire tout ce qui tient lieu de recompense, n'est point sujet à rapport, mais il faut pour cela deux conditions. La premiere, que les services soient constans; & la seconde, que la recompense soit proportionnée aux services: car si elle excede, cet excedant est une veritable donation, & est sujet à rapport, & c'est ainsi qu'il faut juger de la question de sçavoir, si ces donations sont sujettes à estre revoquées pour cause d'ingratitude, de celle où il s'agit de sçavoir, si elles sont comprises dans la Loy *Si unquam C. de revoc.* de celle où l'on demande, si elles doivent estre insinuées conformément à l'article 3. de l'Ordonnance de 1549. de la question de sçavoir, si lorsque l'on a donné un fief pour recompense de services, la donation produit un droit de rachat, ou des quints. Autant qu'il y a de services, autant il y a à proportion d'obligation naturelle, dont celuy qui donne s'est voulu acquitter, & le surplus est donation. Ainsi quand la donation passe les bornes d'une juste recompense, il faut distinguer dans la donation la liberalité, & la recompense.

L'on peut aussi demander, si l'on doit ajoûter foy à des énonciations vagues & generales de bons & agreables services, & autres termes qui dépendent plus du style du Notaire, que de l'intention des Parties, & si les énonciations, qui ne sont pas même du style ordinaire; mais qui étalent ces specieux pretextes d'un service assidu, d'un grand attachement, & d'un zele extrême, doivent toûjours passer pour veritables, & dispenser les donataires des regles ordinaires des donations faites à des personnes prohibées, comme celles qui sont faites à des heritiers présomptifs en ligne directe, ou aux heritiers des heritiers, — 3. Si la simple énonciation de services suffit pour rendre la donation remuneratoire.

image
not
available

8. Quand on doit rapporter l'excedant, ou la chose entiere.

J'estime qu'en ces occasions, l'excedant de la juste valeur de la chose venduë, est sujet à rapport, quand la vente n'a pas esté faite principalement à dessein de donner : & que c'est une vente avec un profit considerable ; mais que si elle est faite principalement *animo donandi*, toute la chose venduë est sujette à rappr, comme il est dit en la Loy *Si quis donationis causa 38. ff. de contrah. empt.* que la vente faite à vil prix entre mari & femme, qui ont dessein de se donner, est absolument nulle ; mais la Loy 5. §. & la Loy 7. *ff. de donat. inter.* y sont beaucoup plus précises : car elles expliquent, que si le mari vend à sa femme, & que dans cette vente il ait pour principal objet d'avantager sa femme, toute le vente est nulle ; mais que s'il n'a songé, qu'à vendre, & qu'il y ait neanmoins du profit, ou qu'il ait remis à sa femme une partie du prix, la vente est bonne, & la remise ne vaut rien. Mais pour connoistre si la vente est faite principalement à l'effet de donner, & s'il y a de la feinte dans le contrat pour faire passer comme vente ce qui est donation, & de la fraude pour frustrer la Loy du rapport, la vilité du prix est une circonstance importante, le reste est à l'arbitrage du Juge qui doit avoir beaucoup d'égard pour la memoire d'un pere, & ne pas autoriser aisément des enfans qui l'accusent de fraude, & qui violent aprés sa mort des respects dont elle ne les a pas dispensez, suivant les termes de la Loy *Apud Celsum 4. §. adversus 16. ff. de doli mali & metus except.* & au cas que la chose venduë se rapporte en son entier, il faudra rendre à l'heritier ce qu'il en aura payé actuellement, ou le déduire sur la valeur & l'estimation de la chose. Au surplus, les restitutions du vendeur & de l'acheteur ne sont pas reciproques, & l'irrevocabilité de l'achat fait par le fils quoique lezé en quelque chose, ne fait pas que ce même fils estant autant avantagé à proportion, ne soit pas obligé au rapport. Car si le fils avoit acheté trop cher, il n'auroit pas esté censé avoir voulu donner à son pere ; & d'ailleurs il n'est jamais presumé luy donner en avancement d'hoirie.

9. Traité par le pere de la succession de la mere, étant avantageux à la fille est sujet à rapport.

Sur ce même fondement si le pere marie sa fille majeure, & compose avec elle de ses droits en la succession de la mere à une certaine somme d'argent, ce qui excede la part afferante de la fille, est aussi sujet à rapport ; quoique cela soit pretexté du titre de vente : parce que si l'on jugeoit la chose autrement, ce seroit une occasion journaliere de donner à des personnes prohibées. C'est pourquoy, si un homme qui se remarie donne vingt-mille livres à sa seconde femme pour tout droit de communauté, & qu'il se trouve dans l'évenement qu'elle n'eût eu que dix-mille livres, si elle eût eu une communauté à l'ordinaire, cet avantage est sujet à la reduction du premier chef de l'Edit. Il en est de même en nôtre espece, l'avantage y est sujet à rapport : ce qui a été jugé par un Arrest du 10. Mars 1554. cité par Charondas au livre 7. de ses Réponses, chap. 20. sur la fin. Voyez le même dans ses Observations sur le mot *collation*.

10. Si une transaction par le pere sur un compte de tutelle est sujette a rapport.

Il s'est presenté autrefois cette difficulté sur une transaction faite par un pere au sujet d'un compte de tutelle. Le pere avoit esté poursuivi par les enfans du premier lit de leur rendre ce compte, il l'avoit presenté, & les fils avoient fourni leurs débats ; & comme ce compte avoit pour fondement principal un inventaire, les fils s'estoient attachez à montrer la nullité de cet inventaire, & le pere au contraire avoit fourni ses soutenemens. Dans l'entre-temps, le pere qui s'estoit remarié peu aprés le decés de sa premiere femme, est assigné par sa seconde femme en separation des biens, il est obligé de donner les mains & transige sur la separation : aprés quoy il transige aussi sur le compte avec les enfans de son premier lit. Il decede ensuite, & quand il s'agit de partager sa succession, on pretend que cette derniere transaction est un avantage indirect qu'il a fait aux enfans de son premier lit, & ce qui faisoit la difficulté, estoit que l'on ne pouvoit approfondir le compte de tutelle : parce que s'estant passé quarante ans depuis l'inventaire jusqu'au jour de la contestation, & l'inventaire estant absolument nul, il n'y avoit plus de témoins qui pûssent certifier de la commune renommée : la seconde femme se plaignoit même que le défunt avoit voulu éluder l'effet de sa transaction sur la separation de biens, en faisant remonter l'hypoteque de la transaction sur le compte de tutelle au jour de la tutelle. Ce dernier moyen de fraude dépendoit du fait : car au surplus, combien de fois l'hypoteque remonte-t-elle naturellement, & sans fraude ; par exemple, lorsque l'on donne la derniere forme à une donation entre-vifs par le moyen de l'insinuation ; lorsque l'on ratifie ce qui avoit esté fait sur la foy d'une procuration : En un mot, toutes les fois que l'affaire commencée doit s'achever necessairement, & qu'il n'est pas au pouvoir du debiteur de ne la pas achever, l'hypoteque remonte sans que le debiteur soit censé avoir voulu frauder ses creanciers intermediaires selon la Loy 4. *ff. quæ res pignori.* la Loy 1. *ff. qui potiores*, & la Loy *Diversis 8. C. eod.* D'ailleurs, l'adition d'heredité faite par les enfans du premier lit, garantissoit les conventions de la seconde femme : ainsi toute la difficulté consistoit à sçavoir, si dans un cas où la preuve de la verité estoit si difficile, il falloit presumer pour l'avantage indirect, & conclure au rapport, & s'il falloit juger que le pere avoit voulu avantager les enfans de son premier lit, lorsqu'il s'estoit vû poursuivi par sa seconde femme ; ou si au contraire, les enfans du premier lit qui pretendoient que la transaction passée sur le compte de tutelle estoit innocente, ne pouvoient pas arguer eux-mêmes que celle qui avoit esté faite sur la separation estoit une fraude concertée.

Monsieur Cujas en ses Oeuvres posthumes sur la Loy *Hac edictali C. de secund. nupt.* demeure d'accord que la fraude se presume plûtôt dans les seconds mariages entre conjoints, qu'entre le pere & les enfans ; & qu'ainsi il n'est point contre l'Edit de donner aux enfans communs ; mais que comme il est contre l'Edit de donner à son second mari, aussi il est contre l'Edit de donner aux enfans du second mari, *excogitatam fraudem potius suspicabor in privigno, quam in filio.* Ainsi dés que le pere a passé à de secondes nôces, il est plûtôt presumé avoir voulu frauder son premier lit. D'ailleurs, l'instance de compte commencée en un temps non suspect, & avant cette separation, justifioit la necessité qu'il y avoit de finir ce compte par une transaction, ou autrement : & toute tutelle demande un compte ; c'est pourquoy cette transaction ne devoit point estre suspecte de fraude, pour le peu qu'elle approchât du vraisemblable. De même que Maistre Charles du Molin sur l'article 9. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. *in verb.* deux enfans, nomb. 6. dit que la necessité de doter fait cesser le soupçon de la fraude. Salligny, qui traite cette question sur l'article 99. de la Coutume de Vitry, demeure d'accord qu'elle dépend fort des circonstances & des presomptions de fraude : & que quand le compte

image
not
available

13. Si la décharge & quittance generale d'une administration donnée par le pere au fils est sujette à rapport.

Que si le pere a donné une décharge generale à son fils qui a geré toutes ses affaires & reçû tous ses revenus, l'on a suivi la distinction cy-dessus établie au nomb. 10. Car lorsqu'il ne s'est pas trouvé d'impossibilité d'éclaircir un compte de l'administration du fils, on l'a condamné à rendre compte, nonobstant sa décharge generale, comme il se voit par un Arrest de la troisiéme des Enquestes du 22. Janvier 1569. rapporté par Charondas sur l'article 303. & suivans de la Coutume de Paris: & l'on a même esté plus loin: car on a declaré nulles des obligations passées par les peres au profit de leurs enfans sur des présomptions violentes de fraude, & le même Auteur en rapporte un Arrest du 13. Mars 1563. le tout en faveur de l'égalité.

14. Arrest de Treton.

Sur le même fondement il a esté jugé par l'Arrest de l'Audience de la Grand'-Chambre du 12. Fevrier 1682. que le sieur Treton pere ayant fait une quittance au profit de Monsieur Treton son fils, du prix de sa Charge de Conseiller en la Cour des Aydes, laquelle il luy avoit acheté 114000. livres, & ayant mis dans une cassette qui s'estoit trouvée sous le scellé fait aprés sa mort, cette quittance attachée à son testament, cette quittance ne devoit point avoir lieu, mais qu'au contraire la somme de 114000. livres, entreroit dans la continuation de communauté, qui fut jugée par cet Arrest au profit de Monsieur Goelard, plaidans Maistre le Verrier & Vautier.

15. Si le pere a acheté au nom de son fils, le prix est sujet à rapport.

Si le pere a acheté au nom de son fils, le prix de l'acquisition est sujet à rapport. Il n'en est pas de même dans le Droit Romain, où l'acquisition faite par le pere au nom de son fils, fait présumer la disposition du pere en faveur du fils, selon la Loy *Fere 15. C. fam. ercisc.* & cette disposition n'y est point sujette à rapport, & passe pour prélegs & pour préciput: ce qui pourroit s'étendre dans nos Coutumes de préciput, telles que sont les Coutumes de Nivernois chapitre 27. article 11. de Bourbonnois art. 308. de Berry titre 19. article 42. Mais dans les Coutumes qui n'admettent point de préciput, & encore moins dans celles que l'on appelle *Coutumes d'égalité*, & où le renonçant rapporte, comme dans celles d'Anjou, du Maine & de Touraine, ces Loix n'y sont point observées, & l'achat fait par le pere au nom du fils, doit estre rapporté par le fils, comme estant une donation, selon ce qui est decidé en la Loy *Cum hic status § 1 ff de donat. inter.* Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, titre des successions §. 5. sur le mot *meilleur*, nomb. 2. Chopin sur celle d'Anjou, liv. 2. part 3. chap. 1. tit. 5. nomb. dernier.

16. Il en est de même quand il a exercé un retrait au nom de son fils.

Il en est de même quand le pere a exercé & executé un retrait lignager au nom de son fils: car le fils rapporte le prix du retrait à la succession de son pere, & non l'heritage même, qui n'a jamais appartenu au pere, & qui ne l'auroit pû prétendre en la succession de son fils, s'il estoit prédecedé, ni comme acquest, ni à titre de reversion, suivant l'Arrest du 7. Septembre 1570. cité par Charondas sur l'article 139. de la Coutume de Paris, & celuy du 12. May 1640. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur le même article 139. ensorte que supposé que le retrait lignager soit tres avantageux, c'est un cas où le pere peut avantager son fils d'un profit, qui n'est point sujet à rapport. Il faut dire de même dans le cas du nombre précedent, & si le pere a fait pour son fils un achat avantageux.

17. L'achat au nom du fils & le prest fait au fils ne sont donations que pour le rapport seulement.

Il faut sçavoir neanmoins, qu'encore que le pere ayant acheté & payé pour son fils, il y ait lieu au rapport, il ne s'ensuit pas toûjours qu'il y ait une veritable donation de la part du pere: car le plus souvent l'achat fait au nom du fils est un pur prest qu'il luy fait: ensorte que le pere n'ayant payé qu'une partie du prix & venant à deceder, non seulement le fils qui renonce n'a pas sujet de demander contre la veuve & les heritiers de son pere, à la succession duquel il renonce, qu'ils soient tenus de parachever le prix de la vente, mais au contraire la veuve & les heritiers sont tres-bien fondez à luy demander qu'il leur rembourse ce que le pere a payé. C'est pourquoy il ne faut pas qu'un fils renonce temerairement sur la présupposition de pareille donation: car la donation ne se présume pas, mais elle doit estre formelle, comme il resulte de la Loy 31. §. 3. & de la Loy 32. *ff. de donat.* mais principalement de la Loy 26. du même titre. Aussi le fils dans son compte de tutelle tient compte des interests du prix à commencer du jour de l'achat que le pere a fait en son nom, & la dépense en doit estre alloüée au pere qui n'est censé donner qu'aprés s'estre acquitté. Cela est susceptible de quelque temperamment, au cas que le fils se porte heritier du pere: car en ce cas, ces interests sont bons pour compenser la joüissance du pere, mais non pour faire une créance de l'excedant contre le fils, & ne doivent estre par luy rapportez à la succession que depuis le decés. Tellement que l'achat fait par le pere au nom de son fils est censé donation au respect du fils heritier pour donner lieu au rapport du prix, mais il est pur prest contre le fils qui renonce, à moins que le pere ne l'ait exprimé donation. Il en est de même de tout autre prest qui n'est censé avancement d'hoirie qu'en faveur de l'égalité & contre le fils qui se porte heritier à l'effet de l'obliger au rapport, mais demeure simple prest contre le fils qui renonce.

18. Si le pere disposant au profit des enfans de son premier lit des liberalitez de sa premiere femme, tel avantage est sujet au rapport.

Le choix du pere produit un rapport dans tous les cas où il est obligé de reserver quelque chose à ses enfans en general, & où l'on juge neanmoins qu'il a droit d'en gratifier quelqu'un d'entr'eux: c'est pourquoy si un pere passe à de secondes nôces, & qu'estant obligé par le second chef de l'Edit de reserver aux enfans de sa premiere femme & de luy, les liberalitez qu'il a reçuës d'elle, il en gratifie un d'entr'eux: ce qu'il peut dans nôtre Droit contre la disposition de l'Authentique *Lucrum C. de second. nupt.* parce que le second mariage n'ôte point précisément au pere la propriété de ses gains nuptiaux, mais l'oblige seulement de les reserver. Loüet N. nomb 3. en ce cas, quoique l'enfant préferé eût déja droit dans ces reserves, & que c'est une maxime que les liberalitez de la Loy ne sont point sujettes à rapport, comme il paroît dans le droit d'aînesse; neanmoins la donation doit estre rapportée pour le tout.

Et il ne sert de rien de dire, que ces retranchemens ne desirent point qu'on soit heritier: d'où il semble qu'ils n'obligent pas au rapport. En effet, si dans nostre espece le donataire n'est point heritier, la question n'a pas lieu, puisqu'il faut estre heritier pour rapporter, & supposé que le donataire soit heritier, il est sans difficulté qu'il est obligé au rapport, & l'on ne considere point s'il eût pû obtenir les mêmes biens sans estre heritier, parce qu'il suffit qu'il le soit. Il en est de même si le pere a disposé, au profit d'un de ses fils, d'un bien qui luy avoit esté donné par bail emphyteotique pour luy & ses enfans mâles, ou d'un bien qui luy avoit esté donné sous la condition de ne le point mettre hors de sa famille: car toutes ces donations sont sujettes à rapport.

19. Si un

L'on peut encore proposer cette question. Un

image
not
available

son second, puisqu'elle renonce à un évenement incertain, & se délivre d'un embaras & d'une discussion. Et si celuy qui donne terme à son debiteur n'est pas toûjours reputé luy faire une donation, parce que souvent il se considere autant en cela que son debiteur même, *L. in ædibus 9. ff. de donat.* Pourquoy veut-on qu'une mere qui se tire de l'embaras des affaires d'une communauté, par une renonciation, & qui en cela se considere elle-même, & achete son repos, soit présumée avantager les enfans de son second lit?

On peut ajoûter, qu'une acceptation, & une dissolution de communauté, est une pure faculté. Lorsque la veuve accepte, elle convertit un droit qui estoit simplement habituel, en un droit actuel, & lorsqu'elle dissout la communauté par un bon inventaire, elle acheve ce que la mort avoit commencé, mais lorsqu'elle manque à l'un & à l'autre, & à accepter & à dissoudre, elle use de son droit, elle consomme une option, elle renonce moins à la communauté, qu'elle ne declare ne vouloir pas estre commune, ou elle continuë moins sa communauté avec ses mineurs, qu'elle ne manque à l'interrompre: en tout cela il n'y a point d'avantage formel qui soit sujet à rapport. Et il ne faut pas considerer si les enfans du second lit profitent de la continuation de la communauté, ou de la renonciation de la mere à la communauté; non plus que si les enfans du second lit estoient substituez vulgairement à la mere: car en renonçant, elle ne seroit point présumée les avantager, quoiqu'ils profitassent de sa renonciation, comme il est dit en la Loy *Si sponsus 5. 9. si maritus 13. ff. de donat. inter.* qu'un mari qui renonce, n'est pas présumé avantager sa femme qui luy est substituée: ainsi le coheritier qui renonce à une succession purement & simplement, n'est point reputé avantager ses coheritiers, quoiqu'ils profitent de sa renonciation; si ce n'est qu'il renonce précisément en faveur de l'un de ses coheritiers, auquel cas il donne, & fait acte d'heritier.

25. Si la fille dotée par ses pere & mere, qui comme heritiere de la mere renonce à la communauté, est obligée de rapporter dans la succession la moitié de sa dot qui a esté prise sur la communauté.

La question de sçavoir, si la fille qui a esté mariée par ses pere & mere, des deniers de la communauté, & laquelle aprés leur decés a renoncé à la succession du pere, & à la communauté, se tenant aux conventions de la mere, est tenuë de rapporter, dans la succession de la mere, la moitié de ce qu'elle a reçû en mariage, n'est plus une veritable question. Il est bien vray que l'on disoit autrefois pour l'exempter de ce rapport, qu'elle n'estoit point donataire de la mere, parce que sa donation estoit tirée du fond de la communauté, dans lequel la mere estoit reputée n'avoir jamais eu de part au moyen de la renonciation qui avoit esté faite, mais l'on a jugé le contraire, & tres justement: car la chose est déja indubitable, supposé que les creanciers du pere ayent imputé à la mere, ou à ses heritiers, sur sa dot, la moitié de celle qui avoit esté constituée à la fille par les pere & mere: ce qu'ils ont droit de faire, suivant l'Arrest du 6. Avril 1632. rendu entre Marie Doujat, & Françoise Boursin: car en ce cas, cette imputation empêche que l'on ne puisse douter que la moitié de la donation ne soit veritablement & réellement faite au dépens de la mere. Que si cela n'a point esté imputé à la mere ni à ses heritiers, peut-être parce que la succession du pere estant vacante, l'on s'est contenté de reprendre les propres extans de la mere, en ce cas là même, le rapport est encore juste, parce qu'une fois le pere & la mere ont donné également; ils ont diminué par cette donation leur communauté, dans laquelle la mere avoit *jus ad rem*, & c'est peut-être cette donation qui l'a renduë infructueuse, & qui a obligé la mere d'y renoncer: ainsi il luy en coûte toûjours sa moitié, dont d'ailleurs elle n'a pas droit de se venger sur les biens du pere, quand il y en auroit, la dot de la fille estant un devoir commun du pere & de la mere. C'est ainsi que le pere renonçant à la succession de l'ayeul, à cause de la donation faite par l'ayeul au petit-fils, est présumé donner au petit-fils par sa renonciation.

26. Si une fille ayant esté dotée d'une rente fonciere, & le debiteur ayant déguerpi, elle doit rapporter la rente ou l'heritage.

L'on demande encore si les pere & mere ayant donné à leur fille en mariage une rente fonciere, & le debiteur de la rente ayant déguerpi l'heritage au profit de la donataire, pour se décharger de la rente, elle aura la faculté de rapporter la rente, c'est-à-dire, le sort principal, en conservant l'heritage; ou si elle pourra estre obligée de rapporter l'heritage même, ou la juste valeur; supposé que son prix soit augmenté depuis le déguerpissement.

Il est déja certain que si la donataire veut rapporter l'heritage même, ou sa juste valeur, elle y est recevable, parce que la rente luy a esté donnée avec ses qualitez, & avec une disposition prochaine qu'elle avoit, d'estre éteinte & abolie par le déguerpissement du debiteur qui subroge de nouveau l'heritage au lieu de la rente, comme la constitution de la rente avoit subrogé la rente au lieu de l'heritage. Ainsi les coheritiers n'ont pas sujet de se plaindre, si elle rapporte l'heritage même, ou sa juste valeur: d'autant plus que lorsqu'on luy avoit donné la rente en mariage, on luy avoit donné en quelque sorte l'heritage même, estant vray de dire, que celuy qui crée une rente fonciere à son profit, conserve l'heritage à proportion de la rente.

Que si l'heritage valant beaucoup plus que la rente, la donataire offre de continuer la rente, ou d'en rapporter le sort principal, pour sçavoir si ses offres sont suffisantes, ou si elle doit rapporter l'heritage même, ou moins prendre, suivant les articles 304. & 305. de la Coutume de Paris, l'augmentation intrinseque ne la concernant point, il faut entrer dans la question generale de sçavoir, si lorsque la chose donnée est augmentée de prix depuis la donation, il suffit au donataire de rapporter le prix de la chose, ou de moins prendre, eu égard au temps de la donation, ou s'il doit rapporter la chose même, ou moins prendre, eu égard au temps du partage, & examiner en cela comment se font les rapports. Or les choses données sont des immeubles, ou de simples meubles.

27. De l'augmentation de la chose donnée, & si elle se doit rapporter. Diverses distinctiōs.

Si ce sont des immeubles, ou le donataire les a encore en sa possession, ou il ne les a plus, & en a disposé. En ce dernier cas, & supposé que le donataire ait disposé des immeubles qui luy avoient esté donnez, il en doit rapporter l'estimation, & nous traiterons presentement, si c'est eu égard au temps de la donation, ou de la vente, ou du partage, ou de l'échéance de la succession.

28. Du rapport en especes.

Que si le donataire est encore en possession de l'heritage, regulierement il le doit rapporter en especes, à moins que la Coutume ne l'en dispense expressément, aussi quand le rapport est ordonné par un testament, il doit estre fait en especes, à moins que celuy à qui on l'a ordonné ne soit prest de renoncer aux avantages qui luy sont faits par le même testament, comme il a esté jugé par un Arrest du 15. Février 1650. en une Cause du Rôle d'Amiens. Que si quelques Coutumes, comme celle de Paris, art. 304. & 305. permettent

image
not
available

ter toutes vieilles qu'elles sont, mais bien entretenuës. Quoique dans la verité l'usage consomme plus le mobilier que l'immobilier. Il y a une singularité à cet égard dans la Coutume d'Anjou, qui est qu'un don de meubles fait à une fille noble en la mariant, n'est sujet à rapport que quand il a esté stipulé que le mari seroit tenu de l'employer en heritages. C'est la disposition de l'article 243.

35. Resolution de l'espece proposée au nombre 16.

Si la donation a donc esté d'une rente fonciere, & que le debiteur ait déguerpi l'heritage, il est vray de dire, que l'heritage déguerpi estant subrogé au lieu de la rente fonciere, laquelle d'ailleurs est éteinte & anéantie par le déguerpissement, & l'heritage estant alors la rente donnée & augmentée, il doit estre rapporté en nature, ou la donataire doit moins prendre à proportion, parce que quand le pere avoit donné la rente, il l'avoit donnée avec toutes ses qualitez, & avec une disposition prochaine pour estre éteinte par le déguerpissement, & estre convertie en même temps en un heritage déguerpi & abandonné qui devroit estre subrogé en sa place.

36. Quid si le donataire exerce un retrait féodal.

Il y a de certaines augmentations qui ne sont ni intrinseques ni extrinseques, mais qui sont mixtes, à l'égard desquelles il semble qu'il y ait plus de difficulté, comme si le fils donataire d'un fief dominant a exercé un retrait féodal avant la mort du pere donateur. Car on demande si en ce cas on le peut obliger de rapporter l'arriere-fief ainsi retiré, en luy remboursant le prix du retrait? Et il faut considerer deux qualitez en la personne du fils donataire, qui servent beaucoup à la décision de cette question. La premiere, est celle de veritable proprietaire du fief dominant. La seconde, celle de proprietaire incommutable, & non sujet à restituer. Car le rapport est une pure faculté, & non une obligation, & n'empêche pas qu'avant de rapporter, le donataire ne se puisse dire, & ne soit effectivement proprietaire incommutable, & cela, au cas même que la donation luy ait esté faite précisément en avancement d'hoirie, & à la charge de la rapporter: ce qui n'empêche pas qu'elle ne soit reputée pure & simple, & ne luy ait transferé une proprieté incommutable: Or comme proprietaire il a pû exercer un retrait féodal, & comme proprietaire incommutable, il a réüni & réincorporé, s'il faut ainsi dire, l'arriere-fief au fief dominant, à la difference de celuy qui a acquis sous faculté de rachat, lequel n'estant point proprietaire incommutable, ne réunit pas l'arriere-fief qu'il retire féodalement, parce qu'il est présumé user du retrait féodal, comme d'un fruit du fief dominant, qui doit tourner à son profit, & qu'il ne doit point restituer en executant le remeré, & la difference encore d'un heritier institué, chargé de fideicommis & de substitution, qui ne considere encore l'occasion d'un retrait féodal, que comme une obvention, & n'est point présumé le vouloir réünir à la manse du fief dominant, lequel il est obligé de restituer. Car à l'égard d'un proprietaire incommutable & d'un donataire, il est présumé avoir voulu réünir deslors qu'il a retiré; à moins qu'il n'ait fait une declaration contraire, il n'a point d'interest dans ce temps-là, qui s'oppose à cette réunion: ainsi puisqu'il veut bien aprés la mort du donateur rapporter le fief dominant à sa succession, en l'état qu'il est, il le doit rapporter avec ses dépendances, & avec l'arriere-fief qui luy a esté réüni & consolidé; sauf à repeter & à réduire le prix du retrait. C'est ainsi qu'un Seigneur censier qui achete un heritage estant en sa censive, le réünit sans faire aucune declaration, suivant l'Arrest du 15. May 1589. & qu'un censitaire acquerant le fief dont dépend son heritage, le rend féodal, selon l'Arrest du 20. Février 1589. & les autres rapportez par Monsieur Loüet & son Commentateur sous la lettre F. nomb. 5. Aussi l'arriere-fief ainsi retiré, n'entre point dans la communauté, mais est propre à celuy des conjoints, auquel le fief dominant appartient, parce qu'il luy est réüni & consolidé, & que cela arrive en consequence d'un droit anterieur au mariage. Maistre Charles du Molin sur l'article 13. gl. 1. nomb. 48. de la Coutume de Paris.

37. Objection & réponse.

L'on objectera que le fils donataire n'est tenu rapporter que l'heritage, & non pas les fruits & les obventions intermediaires, qu'il le doit rapporter en l'état qu'il l'a reçû, & avec le droit de retirer féodalement, mais non pas avec l'obvention particuliere qui est arrivée dans l'entretemps en consequence de ce droit. Mais la réponse est, que le fils donataire doit rapporter le fief dominant qui luy a esté donné, en l'état qu'il est lors du decés du pere, mais non pas en l'état qu'il l'a reçû, & qu'alors il est augmenté par cette réünion qui est arrivée par l'execution d'un retrait, & qu'ainsi il le doit rapporter avec cette augmentation. Car quand le retrait féodal est exercé par un proprietaire incommutable du fief dominant, il est vray de dire, que l'arriere-fief est comme un ruisseau qui retourneroit à sa source, & se confondroit derechef avec elle. C'est un retour auquel le fief dominant estoit déja disposé, lorsqu'il avoit esté donné. Au surplus, il n'est point vray que le retrait féodal soit un fruit, mais c'est une dépendance, & même une partie du fief dominant: ce qui est si vray, qu'un usufruitier ne le peut exercer en son nom, mais seulement au nom du proprietaire, & il n'en a que la joüissance, & non la proprieté, parce que la cause finale du retrait féodal est la réünion & la consolidation.

38 Sur quel pied on doit estimer les impenses.

L'on peut demander sur quel pied l'estimation des impenses doit estre faite, lorsque le donataire rapporte l'heritage même, si eu égard au temps qu'elles ont esté faites, ou au temps de la mort? Et la plus commune opinion est, qu'on les doit estimer, eu égard au temps de la mort, parce qu'on ne les doit restituer au donataire, qu'entant qu'elles rendent la joüissance de l'heritage plus avantageuse: ce qui ne commence que du jour de la mort, le passé ne concernant que le donataire, & cela se juge ainsi à l'égard des impenses faites sur le fond dotal, qui ne s'estiment regulierement qu'eu égard au temps de la dissolution du mariage, suivant l'art. 272. de la Coutume de Bourbonnois, & la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 12. du tit. de Communauté de la Coutume de Montfort, où il dit, que pareille estimation doit estre faite *tempore præsenti inspecto*. C'est aussi le sentiment du Commentateur de la Coutume de Peronne, article 204.

39. Si la maison dõnée avant esté brûlée par accident, & ayant esté rebâtie par le donataire, on luy doit tenir compte du bâtiment à l'occasion du rapport.

Que dira-t-on au cas qu'un pere ayant donné une maison à sa fille en mariage, cette maison a esté brûlée, & depuis rebâtie aux dépens de la fille, ses coheritiers seront-ils obligez de luy rendre les frais du bâtiment, ou seulement la plus valuë du nouvel édifice, par rapport à l'ancien bâtiment? Et il faut répondre que si l'incendie est un cas fortuit, lequel ne fût pas moins arrivé quand le pere n'auroit pas donné la maison à sa fille, il luy faut restituer le prix du bâtiment, eu égard au temps du partage, suivant la Loy *Qui exceptione 40. §. 1. ff. de condict. indeb.* où il est

RRr iij,

image
not
available

fice qu'il possedoit, il y a plus de difficulé, en ce cas : car il semble d'abord qu'il n'y a point de rapport aprés la suppression : dautant que cette perte n'arrive pas par la negligence du fils, mais elle vient du vice & de la fragilité de la chose, qui auroit aussi-bien esté supprimée sur le pere, que sur le fils, & qui avoit esté donnée avec une disposition prochaine, ou pour souffrir quelque diminution, ou pour estre entierement supprimée. A quoy il faut appliquer les Loix qui viennent d'estre citées dans les nombres précedens, & qui justifient que si on a donné au fils une maison qui est tombée de vieillesse, ou qui est deperie par quelque accident fortuit, il luy suffit de rapporter la place & la valeur des materiaux, sur le fondement desquelles il semble qu'il faut conclure que le fils n'est obligé que de rapporter le prix de la suppression, si aucun y a. Aussi la Loy 2. §. 2. *ff. de collat. bon.* dit, *vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere.*

44. Resolution pour le rapport. Nonobstant cela, j'estime que le fils sera obligé de rapporter le prix de l'Office, eu égard au temps de la donation, parce que celuy qui acquiert un Office à titre de vente ou de donation, se charge deslors de l'évenement de l'Office, dont toute l'augmentation & le deperissement tombe sur luy. Et c'est pou cela, que quand il rapporte, s'il veut conserver l'Office qui est encore en nature, il n'en rapporte que l'estimation, eu égard au prix qu'il luy a coûté, ou qu'il valoit au temps qu'il luy a esté donné : ce qui prouve que deslors qu'un Officier est pourvû, il est chargé envers tous & contre tous, s'il faut ainsi dire, de l'évenement bon ou mauvais de son Office, & comme s'il profite de cent mille écus sur le prix, il n'en tient point compte à ses coheritiers, aussi il ne les sçauroit faire entrer en participation de la perte de son office, & il est toûjours obligé de leur en rapporter le prix, eu égard au temps de sa donation, ayant traité d'un évenement incertain. Et nous en avons un Arrest du Jeudy 2. Decembre 1610. rapporté par Maistre Jean Marie Ricard sur l'article 306. de la Coutume de Paris. Cela se juge de la même maniere dans les partages de communauté, où le mari est toûjours obligé de rapporter le my-denier du prix de l'Office, eu égard au prix de l'acquisition, comme il a déja esté observé. Ensorte même qu'il y auroit quelque lieu de douter si le mari ayant acquis un Office pendant la communauté, & cet Office ayant esté supprimé, il ne devroit pas ce my-denier de l'acquisition aprés la dissolution de la communauté, le mari ayant voulu se l'approprier, dés qu'il s'en est chargé : ce que j'ay examiné dans mon Traité de communauté, chapitre 8. sect. 4. nomb. 9. A plus forte raison, si le pere a vendu son Office à son fils, & qu'il luy en doive le prix tout entier, le fils sera obligé, nonobstant la suppression survenuë, de rapporter le prix de la vente à la succession du pere : ce qui n'est pas susceptible de difficulté.

L'on peut encore aller plus loin, & l'espece s'est presentée au Palais. Un pere avoit donné à sa fille en mariage un Office d'Elû, dont le gendre avoit esté pourvû avec clause de rapporter l'Office à sa succession, ou la somme de 4000. livres : L'Office avoit esté supprimé, & l'on demandoit à la fille qu'elle eût à rapporter la somme de 4000. livres à la succession du pere, à quoy elle doit estre condamnée. Car celuy qui doit une des deux choses à son choix & option, n'est pas quitte par la perte qui arrive de l'une des deux. Icy la fille doit précisément l'Office, ou la somme de 4000. livres ; & comme si l'Office avoit tellement augmenté de prix, qu'il eût valu 10000. livres, elle eût esté quitte en rapportant 4000. livres. Aussi elle les doit rapporter, l'Office estant supprimé, suivant la disposition précise de la Loy *Stichum aut Pamphilum ff. de solut.* où il est dit, *Stichum aut Pamphilum utrum ego velim dare spondes, altero mortuo, qui vivit solus petetur.* Et au §. 1. *quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest, aeque peti poterit.*

Il seroit inutile aprés cela de demander si lors qu'un fils rapporte à la succession de son pere le prix d'un Office que son pere luy avoit donné en mariage, ses coheritiers luy doivent tenir compte des taxes qu'il a payées avant la mort du pere, sans le payement desquelles l'Office auroit esté supprimé, sous pretexte qu'il semble qu'en ce cas, le fils qui a payé la taxe a fait la même chose, que le donataire qui a rebâti une maison brûlée, ou tombée de vieillesse, lequel en rapportant le prix, déduit ses impenses, selon la Loy 20. §. 3. *ad Senatusc. Trebell.* & la Loy *Divortio* 7. §. *ult. ff. solut. matrim.* Car puisqu'il auroit porté la perte de l'Office, il en doit aussi porter les taxes. D'ailleurs, il a déja esté établi que la valeur de l'Office, soit en partage de communauté, soit en fait de rapport & dans le partage des successions, se considere toûjours, eu égard au temps de la donation, afin que l'Officier demeure chargé de tout l'évenement. Enfin, le donataire se recompense de la taxe par la joüissance, & reçoit ordinairement de l'étoffe pour son argent. Que si à faute de payer la taxe, il souffroit la suppression de l'Office, il n'en seroit pas moins obligé de rapporter le prix, eu égard au temps de la donation, comme celuy qui auroit causé la ruine d'une maison qui luy auroit esté donnée, en manquant à l'étayer & à la rétablir, suivant le §. 3. de la Loy *Si quid possessor 31. ff. de heredit. petit.* & les §. 4. & 5. de la Loy *Cum res 47. de legat. 1.* à plus forte raison, si à faute que la paulette soit payée, l'Office tombe aux parties casuelles, les petits-fils venant à la succession n'en seront pas moins obligez d'en rapporter le prix, eu égard au temps de la donation, selon Coquille, sur les articles 10. & 11. du chapitre 27. des donations de la Coutume de Nivernois. 45. Des taxes faites avant le rapport, & si on les doit rembourser au fils.

Voilà ce qui concerne le rapport des Offices, qui sont une nature de biens, qui fait presque exception à toutes les regles generales : car si les Offices domaniaux sont immeubles en tous cas ; à l'égard des autres Offices venaux qui sont les Offices de Finance & de Judicature, quoique meubles originairement, & immeubles par fiction, il semble qu'ils ayent alternativement ces deux qualitez. Ils sont immeubles dans les successions, y peuvent estre propres & non sujets au double lien. Ils ont même cet avantage sur les autres propres fictifs, comme sur les deniers réalisez, que leur fiction n'est point limitée à de certains degrez. Mais quelques uns prétendent qu'il sont meubles à l'égard des testamens, & par rapport à la faculté d'en disposer. ☞ [Il y en a même plusieurs Arrests qui sont rapportez par Maistre Jean Marie Ricard, part. 3. ch. 10. sect. 1. n. 1424. quoiqu'il y en a un contraire du dernier Juillet 1617. dans le Traité des Propres, ch. 5. sect. 4. n. 73. mais par Arrest du 7. May 1692. rendu en la quatriéme Chambre des Enquestes, on les a depuis jugez meubles de disposition nonobstant la Declaration de 1683.] quoiqu'il y ait quelques préjugez contraires, & que la derniere Declararion du Roy qui les declare sujets aux hypoteques, & veut que 46. Que les Offices sont un gente de biens, qui fait exception à toutes les regles generales.

image
not
available

elles ont esté faites par un devoir de pieté naturelle, déslors que le rapport seroit conforme à cette pieté, & à la volonté du pere qui l'auroit ordonné pour égaler ses enfans, il devroit estre imposé par le Juge du partage, c'est pourquoy Bartole sur la Loy 1. §. *nec castren. ff. de collat. n. 11.* dit, que les livres & les frais d'étude sont sujets à rapport, lorsqu'il y auroit autrement une inégalité considerable entre les enfans, & il se fonde sur la Loy penultiéme *C. de collat. §. 1.* où il est dit, qu'encore que les donations pures & simples ne soient pas regulierement sujettes à rapport, neanmoins si cela produisoit une inégalité entre les enfans : l'un, par exemple, rapportant une dot ; l'autre une donation à cause de nôces, & un troisiéme se voulant exempter de rapporter la donation qui luy a esté faite, parce qu'elle ne luy est ni dot, ni donation à cause de nôces, en ce cas, il faudroit obliger celuy-cy au rapport. Aussi avons-nous une de nos Coutumes qui sur le fondement d'une égalité exacte, qu'elle veut estre observée entre les enfans, décide que si au temps de la mort du pere, les livres qu'il a donnez à son fils, sont encore en nature, ils doivent estre rapportez à sa succession. C'est la Coutume d'Anjou, art. 261. sur la fin.

Si le pere peut recompenser les autres enfans des frais d'étude qu'il a faits pour leurs freres.

L'on peut demander à cette occasion si dans une Coutume qui n'admet point de prélegs, le pere ayant ordonné par son testament que pour recompenser quelques-uns de ses fils des dépenses qu'il a faites pour les autres, dans leurs études, il leur legue à chacun une certaine somme, laquelle ils auront par préciput & hors part sur les biens de sa succession, cette disposition devra estre executée, & il ne souffrira pas d'obstacle de la regle qui établit l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier, nonobstant la cause specieuse que le testateur y a inserée ? Et j'estime qu'il faut examiner premierement la verité, & en second lieu, la justice de cette cause. Car si le pere a allegué cela pour donner quelque couleur à sa liberalité qu'il a dessein d'enveloper dans un pretexte si specieux, & a estimé les frais d'étude qu'il a avancez à beaucoup plus qu'il n'avoit employé, cet article de son testament est plein de fraude, & cette fraude est contre la Loy, puisqu'il affecte de pretexter l'égalité, que la Loy recommande si fort, pour autoriser sa disposition qui blesse les regles de l'égalité. Ainsi la Loy de l'incompatibilité des qualitez a lieu en ce cas. D'un autre côté, si ces frais d'étude estant peu considerables, eu égard aux biens du pere, avoient esté faits pour les aînez, selon l'ordre de leur naissance, quel sujet y auroit-il de leur envier cette dépense, & d'en recompenser les puînez, dont la joüissance des biens paternels commence, mais finit aussi, plus tard, selon l'ordre de nature ? Que si au contraire la cause est veritable, & les frais sont trop grands par rapport aux biens, ou si un cadet a beaucoup coûté à entretenir dans les armées, pendant qu'un aîné aidoit au travail du pere, alors la disposition est juste, & la regle du rapport, ou de l'incompatibilité des qualitez, n'a point lieu, & dans le doute on doit présumer pour la justice du pere. Aussi la Loy *Si ita legatum 12. ff. de condit. & demonstrat.* approuve cette disposition, mais comme le prélegs estoient autorisez dans le Droit, l'on peut dire qu'il n'y avoit pas de risque à declarer un semblable legs bon & valable. C'est pourquoy je fais plus de cas de l'article 97. de la Coutume de Laon, qui permet cela aux peres, quoique d'ailleurs l'art. 94. défende tout préciput. Mais encore un coup, je voudrois y apporter ce temperamment, que cette recompense ainsi ordonnée par le testament du pere, seroit censée un legs pur & simple, par consequent sujet à rapport, & à la regle de l'incompatibilité des qualitez, quand les frais d'étude sont modiques, & qu'ils ont esté faits pour des aînez.

52. Des frais de nôces & des habits de mariage.

Il y a plusieurs de nos Coutumes qui distinguent entre les frais de nôces, c'est à dire, le festin, qu'elles declarent n'estre point sujets à rapport, & les habits nuptiaux, qu'elles veulent estre rapportez : c'est la disposition de la Coutume de Sens en l'article 268. & de celle de Reims art. 322. & cette distinction est suivie par Maistre Guy Coquille, sur le chapitre 27. des donations, articles 10. & 11. de la Coutume de Nivernois. Mais Monsieur d'Argentré sur l'article 526. de la Coutume de Bretagne, distingue entre les habits de nôces qui sont d'un usage ordinaire, & les habits solemnels & de parade, disant que ceux-cy se rapportent entre les gens du commun, & non entre des personnes de qualité. Le même Auteur dit, que les chevaux, les armes & l'équipage de guerre ne sont point sujets à rapport, ni même la rançon du fils pris en guerre & racheté par le pere. Mais la Coutume de Reims en l'article 323. dit que la rençon est sujette à rapport. Elle distingue aussi entre les frais d'apprentissage, & les frais de maîtrise, exemptant les premiers de rapport, & non les derniers. La plûpart des Coutumes qui viennent d'estre citées, sont la même distinction, comme aussi entre les frais de Baccalaureat, ou degrez & licences, & les frais de Doctorat : & c'est même un Droit commun, que les premiers ne se rapportent point, mais bien les derniers.

53. De la rançon payée pour le fils.

54. Frais d'apprentissage & de Maîtrise, de Baccalaureat & de Doctorat.

55. Les fruits & interests se rapportent du jour du decés.

Les fruits & les interests de la chose donnée ne se rapportent que du jour du decés, & encore les frais de labours & semences déduits, & le rapport qui se fait dans le partage, & le partage même, ayant dûs estre faits au temps de la mort de celuy de la succession duquel il s'agit, les fruits sont dûs de ce temps & augmentent le rapport & la succession, suivant la Loy *Non est ambiguum 9. C. famil. erc.* & la Loy 2. *C. de petit. heredit.* qui dit, *fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, à quo peti potest.* C'est aussi la disposition de la Coutume de Paris en l'article 309. Mais il y a quelques Coutumes qui reglent la chose autrement, comme la Coutume d'Orleans, laquelle en l'article 309. dit, que les fruits de la chose donnée ne se rapportent, sinon du jour de la provocation à partage, & la Coutume de Bretagne, qui dit en l'article 597. du jour de la demande en partage faite en jugement : Or l'on a quelquefois demandé quel estoit le cas du rapport ordonné par l'article 309. de la Coutume de Paris, & les autres Coutumes qui décident que les fruits de la chose donnée se rapportent du jour de la mort. En effet, disoit-on, ou le donataire a eu à titre de donation la valeur de sa part afferante en la succession, ou il a eu plus, ou il a eu moins. S'il n'en a eu que la valeur, il ne s'embarassera pas dans la succession : Ainsi il ne sera point obligé au rapport ; à plus forte raison s'il a eu plus qu'il ne luy appartenoit pour sa part afferante, que s'il a eu moins, & s'il y a du retour pour luy, on luy doit les fruits de sa part afferante du jour du decés, en ce qu'ils excedent les fruits de sa donation, lesquels fruits de sa donation, il est plus vray de dire qu'on luy impute sur les fruits de sa part afferante qui luy sont dûs depuis le decés, que non pas qu'il soit obligé de les rapporter.

56. Quel est le cas du rapport des fruits & interests.

Il faut répondre que bien que le rapport se fasse

image
not
available

de ses heritages en especes. eu sa part dans les fruits des immeubles, qui ont esté donnez au fils, & le fils, sa part dans les interests de l'argent qui a esté donné à la fille. Que si le fils rapporte au partage les fruits qu'il a perçûs depuis la mort, la fille au contraire, ses interests au denier 20. suivant l'art. 309. de la Coutume de Paris, cela produira le même effet, que si les Parties avoient partagé & rapporté incontinent aprés le decés. Mais si le fils a differé & retardé le partage par son propre fait, il semble assez juste de subvenir à la fille, qui a toûjours esté preste de partager & de rapporter, & qui a peut-estre fait des poursuites à cet effet, & de ne l'obliger de rapporter les interests de sa dot, qu'au même denier que son frere rapporte les fruits des immeubles. D'autant plus, qu'il y a apparence qu'elle a employé en achat d'heritages les deniers comptans qui luy ont esté donnez en mariage, lesquels fonds ne luy ont pas produit le denier 20. A quoy elle peut ajoûter, que si elle avoit partagé aprés la mort du pere, elle auroit rapporté en moins prenant, & se seroit déchargée de l'excés de ces interests, dont elle n'a point profité pendant ce temps, l'employ qu'elle a fait ne luy produisant aussi que le denier 30.

61. Quid si en ce même cas le fils a differé & retardé le partage.

62. Ouverture au sujet de l'art. 309. de la Coutume de Paris. Pour me déterminer, il est certain que lorsque les Reformateurs de la Coutume de Paris ont donné cet article 309. les interests estoient au denier 12. & ont resté sur ce pied jusqu'en 1601. qu'ils ont esté reduits au denier 16. Ainsi les Reformateurs reduisoient l'interest du rapport de sommes de deniers beaucoup audessous du taux de l'Ordonnance qui avoit cours, ce qui paroissoit assez juste, en cas que celuy à qui les pere & mere avoient donné une somme de deniers, eût des coheritiers, à qui il eût esté donné des heritages, qui pouvoit produire en ce temps environ le denier 20. Mais s'il n'y avoit eu que le donataire de matié, & que le partage n'eût point esté retardé par sa faute, il estoit en cela assez favorisé, de ne rapporter que le denier 20. en un temps où le denier 12. avoit lieu. Et l'on peut dire à proportion, que le taux de l'Ordonnance estant à present le denier 20. l'enfant donataire d'une somme de deniers, ne devroit rapporter au plus les interests de sa donation, qu'à raison du denier 30. d'autant plus que les heritages, à proportion de l'argent, produisent moins, & reviennent souvent au denier 25. ou 30. Ainsi il seroit assez juste de n'obliger le donataire d'une somme de deniers, qui se trouve en concurrence avec le donataire d'un immeuble, & qui n'a point differé le partage, de ne rapporter qu'à raison du même denier que rapporte son coheritier, supposé qu'ils ayent eu un même mariage; mais que l'un ait esté doté en deniers, l'autre en heritages. Car il n'en seroit pas de même, si l'on avoit donné à l'un dix mille écus en argent, qui font quinze cens livres de rente, & à l'autre aussi quinze cens livres de rente en heritages. Ce qui semble pouvoir estre proposé comme une chose assez équitable en une matiere où l'équité peut beaucoup, & où il y a un sujet si évident de s'éloigner du sens litteral de la Loy, pour s'attacher à son veritable esprit, qui a esté de proportionner les interests sujets à rapport, avec les fruits des heritages, soit à cause que souvent le donataire d'une somme de deniers l'a employée en heritages, soit à cause qu'il vient souvent en concurrence avec un donataire d'heritages, qui ne rapporte que des fruits. Mais comme il faut estre extrêmement exact dans ce que l'on propose contre le texte de la Loy, je voudrois limiter ce nouvel établissement, 1. au cas de la concurrence d'un donataire d'une somme de deniers, avec un donataire d'heritages. 2. Je voudrois qu'il leur eût esté fait une donation égale : par exemple, qu'il leur eût esté donné à tous deux dix mille écus, mais à l'un en deniers, à l'autre en heritages. 3. Il faudroit aussi que le donataire de la somme de deniers n'eût pas retardé le partage.

A plus forte raison, j'estime dans l'espece proposée, que si le fils, qui est donataire des immeubles, a refusé & differé le partage, la fille ne sera tenuë de rapporter les interests de la somme qui luy a esté donnée en mariage, qu'à raison du même denier qu'il rapportera les fruits, pourvû que leurs donations soient égales. Et outre les raisons qui viennent d'estre alleguées, l'on peut établir l'une & l'autre proposition sur l'avis de Maistre Charles du Molin, en son Traité des Contrats, Usures, &c. qu. 88. où il conclut, que pourvû que la fille, qui n'a eu sa dot qu'en deniers, ne soit pas en demeure, elle ne doit rapporter les interests qu'au même denier, auquel le coheritier rapporte les fruits des heritages qui luy ont esté donnez, pour éviter l'inégalité & l'injustice qui s'ensuivroit de l'opinion contraire. 63. Resolution de l'espece des nombres 60. & 61.

Au reste, le rapport des fruits & interests est si équitable, que si une Coutume en dispensoit, elle se devroit expliquer des fruits echûs avant le decés du donateur, ce qui n'est pas même sans exemple : car nous avons une Coutume dans le Royaume, qui est la Coutume de Montargis, laquelle au Chap. 12. art. 2. dit expressément, que le rapport se fait des choses données, *sauf les fruits & nourritures que les enfans ne seront tenus de rapporter*, sur lequel Maistre Charles du Molin a dit, *scilicet pro tempore praeterito ; sed benè à tempore obitus ejus de cujus successione agitur*. Et l'hypoteque de la condamnation qui intervient touchant la restitution des fruits & interests, aussi bien que celle de toute autre condamnation, qui peut intervenir au sujet d'un partage, remonte au jour de la succession échûë, comme il a esté jugé en l'ordre du Comté de Tonnerre, par Arrest du mois de Septembre 1595. rapporté par Tronçon, sur l'art. 309. de la Coutume de Paris, qui avoit écrit au procés. 64. Comment il faut expliquer une Coutume qui dispense du rapport des fruits.

SECTION IV.

Des effets du Rapport.

SOMMAIRE.

1. *Si les hypoteques que le donataire peut avoir créées pendant sa joüissance, subsistent encore aprés le rapport de l'immeuble.*
2. *Inconvenient de l'un & l'autre Droit sur ce sujet.*
3. *Si un rapport fait dans un partage sous seing*

image
not
available

droit d'aînesse. biens de la succession : ensorte que si le pere avoit donné un fief à un cadet, ou à une fille, dés que ce donataire se déclare heritier, l'aîné peut prendre sur ce fief le préciput, & la plus grande portion au residu, & en ce cas, la fille ne sera pas recevable à offrir de conserver ce fief, & moins prendre dans les rotures, supposé principalement que ce fief soit unique dans la succession. 1. Parce que lorsque la Coutume de Paris luy permet de moins prendre, elle ajoute, en autres heritages de la succession de pareille valeur & bonté, ce qui ne se peut pas entendre des rotures, par rapport à un fief. 2. Parce que dés ce moment l'aîné est reputé saisi de son préciput sur le fief sujet à rapport, suivant Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 2. nomb. 1. Autre chose est, lorsque le cadet donataire du fief renonce à la succession : car en ce cas, l'aîné n'est pas même recompensé de son droit d'aînesse, à moins que la donation ne fût faite visiblement en fraude du même Droit, c'est-à-dire, sans aucune cause apparente, hors mariage, & sans que le cadet eût rien merité d'extraordinaire, auquel cas, la donation du fief seroit nulle, selon Maistre Charles du Molin, sur le même §. 8. gl. 3. n. 16. Et pour confirmer nostre proposition, que le cadet ou la fille n'auroit pas, en ce cas, la faculté de moins prendre, il faut remonter au principe qui a esté expliqué cy dessus, qui est que naturellement le rapport se doit faire en especes, & que ce n'a esté que pour faciliter les partages, que quelques Coutumes ont permis de rapporter l'estimation, ou moins prendre, surquoy nous avons établi que l'augmentation intrinseque de l'heritage devoit estre rapportée, & que dans nos Coutumes, nonobstant que l'immeuble ait esté estimé lors de la donation, ou vendu depuis pour un certain prix, l'on ne laisse pas d'estimer la valeur, eu égard au temps du partage. D'où l'on peut conclure dans le cas proposé, que le fief devant estre rapporté en especes, & estant reputé de la succession, la fille ne peut pas le conserver, en moins prenant, ni offrir à l'aîné de l'indemniser en argent ou en rotures ; parce que le droit de l'aîné affecte le fief à proportion de son préciput & de sa plus grande portion au residu. Ce qu'il faudroit encore resoudre au cas même qu'il y eût encore d'autres fiefs dans la succession, mais de moindre valeur ; car l'aîné, en ce cas, auroit la faculté de prendre le principal manoir du fief sujet à rapport ; parce que ce choix même fait partie de son droit d'aînesse. De plus, au cas que la Coutume permît simplement de rapporter l'estimation, quoique le donataire eust l'heritage, le droit d'aînesse auroit lieu sur le prix & l'estimation, de même au cas que le donataire ayant disposé du fief n'en rapporte que le prix. Car en ce cas, le prix est encore subrogé au fief ; parce que l'obligation primitive & originaire, estant de rapporter le fief même, il est juste que le prix que la Coutume permet de rapporter en cas de vente, soit subrogé au lieu du fief, à plus forte raison, si c'est l'aîné qui soit donataire, & qui rapporte le prix du fief par luy vendu, il y aura son droit d'aînesse.

5 Qu'en ce cas la fille ne peut pas rapporter en moins prenant.

6. Plusieurs amplia-tions.

☞ Si le donataire se declare inconsiderément heritier, & que cela l'oblige au rapport de la somme de deniers qui a fait la matiere de sa donation ; c'est une question de sçavoir de quel jour ses freres ont hypoteque pour ce rapport, & il faut dire que si les freres sont reduits à leur legitime, ils l'ont du jour du la donation, suivant l'art. 133. de la Coutume de Valois, si la legitime n'estoit pas blessée, & qu'il ne s'agisse que d'un rapport, il y a non seulement hypoteque du jour de l'addition, mais privilege sur les biens donnez, s'ils sont extans.]

7. Partage par avance & caution pour l'évenement de la question de rapport.

Au surplus, s'il y a de si grandes contestations au sujet du rapport, que le partage en soit differé pendant un tres-long-temps, le remede est de partager par avance en donnant caution pour le rapport, ce qui fut suivi par un Arrest rapporté par du Luc, liv. 8. tit. 11. Art. 5.

CHAPITRE VII.

De l'incompatibilité des qualitez de donataire, legataire, doüairier & heritier.

SOMMAIRE.

Coutumes où l'on ne peut estre donataire ni legataire, & heritier en directe, mais bien donataire & heritier en collaterale.

legataire, & heritier en directe, mais où l'on peut estre donataire & heritier en collaterale, non pas legataire & heritier : telle est la Coutume de Paris & la plûpart des Coutumes du Royaume : ensorte que l'on peut prendre cette disposition pour un Droit commun, qui souffre neanmoins quelques

6. Exceptions qui ont lieu dans ces Coutumes.

exceptions dans les mêmes Coutumes : car premierement, le rapport n'a point lieu en ligne ascendante, un pere pouvant estre donataire des propres maternels, & heritier des meubles & acquests, ce qui est établi au Chapitre précedent, Section 2. nomb. 21. & suivans.

Secondement, il n'a point lieu au profit d'un Haut-Justicier, ni du fisc en general, quand il est aux droits d'un des coheritiers, au même endroit nomb. 64.

En troisiéme lieu, un frere peut estre donataire des meubles & acquests, & heritier des propres : ce qui est établi au même endroit nombre 39.

En quatriéme lieu, il y a quelques Arrests singuliers qui jugent, que dans les Coutumes où il n'est pas permis d'avantager son heritier présomptif, on les peut avantager aux dépens des propres de l'autre ligne, au même endroit nomb. 56. & 37.

En cinquiéme lieu, un ascendant peut estre heritier & legataire dans les meubles & acquests, à quoy nous avons au moins incliné au même endroit, nomb. 39.

En sixiéme lieu, une fille exclusé dans une Coutume à raison de sa dotation, peut estre legataire de cette Coutume, & heritiere dans les autres.

En septiéme lieu, un neveu exclu faute de representation dans la Coutume de Senlis, peut estre legataire dans cette Coutume, & heritier dans les autres : Et c'est l'espece de l'Arrest des Bureaux au même endroit, nomb. 33.

En huitiéme lieu, dans ce même cas le frere du défunt peut estre legataire à Senlis, où le neveu est exclu, & heritier dans les autres Coutumes, au même endroit, nomb. 36.

7. Dans les cas où les ascendans sont heritiers des propres, ils peuvent estre heritiers & legataires au préjudice des autres ascendans.

Outre ces exceptions établies dans le Chapitre précedent Sect. 2. je demande si dans les cas où les ascendans peuvent estre heritiers des propres, ils peuvent estre heritiers & legataires au préjudice des autres ascendans. Je suppose, par exemple, qu'un ayeul paternel ait donné un immeuble en mariage à son petit-fils, que cet ayeul décede, & que le petit-fils décedant ensuite fasse un testament, dans lequel il legue à sa mere le quint de cet immeuble, au préjudice du pere qui en est le plus proche & le seul heritier. Et je réponds que ce prélegs fait à la mere n'aura point lieu, si elle se veut porter heritiere de la moitié des meubles & acquests : ensorte que la faveur des lignes & l'affectation des propres, prévalant alors à la liberté naturelle d'avantager plûtost un ascendant, qu'un autre ascendant, l'incompatibilité a lieu dans cette espece, comme si le legs du quint des propres estoit fait au profit d'un ascendant, & au préjudice d'un collateral.

8. Si dans le cas de l'art 315. de la Coutume de Paris, le petit-fils peut faire un prélegs de ses propres au profit d'un de ses ayeuls.

Au contraire j'estime, & c'est icy une neuviéme exception, que dans le cas de l'article 315. de la Coutume de Paris, où l'ayeul succede aux acquests de son fils, devenus propres naissans en la personne de son petit-fils qui est décedé sans enfans, & sans freres ni sœurs, (soit que l'acquest ait esté fait avant le mariage, auquel cas les seuls ayeuls paternels y sont admis, soit qu'il ait esté fait pendant le mariage du fils, auquel cas les ayeuls des deux lignes y concourent.) Le petit-fils pourra faire un prélegs de ces propres au profit d'un de ses ayeuls, parce que la Loy leur destine ces propres comme simples acquests du fils, à l'effet de les consoler d'une double douleur, & nous avons incliné à dire qu'il peut y avoir prélegs des meubles & acquests entre ascendans.

9. Si la mere peut estre legataire d'un propre paternel retiré par le fils, avec la heritiere des meubles & acquests.

Que si le fils ayant retiré, comme lignager, un propre du costé & ligne de son pere, dispose en mourant du quint de cet heritage au profit de sa mere, elle ne pourra pas conserver ce legs & se porter heritiere des meubles & acquests, parce que ce propre appartenant en cette qualité au pere dans la succession *ab intestat*, où il est le plus proche de la ligne, la regle de l'incompatibilité des qualitez d'heritier & legataire, qui est principalement établie pour empêcher que les propres ne passent d'une ligne à l'autre, a lieu dans cette espece.

10. Coutumes qui exemptent du rapport les donations entre-vifs, excepté celles pour cause de mariage en directe.

Aprés avoir marqué ces neuf exceptions au Droit commun, il faut reprendre le fil de nos Coutumes. Nous en avons un quatriéme genre qui exceptent du rapport les donations entre-vifs, & qui y assujettissent neanmoins les donations faites en directe pour cause de mariage, telle est la Coutume de Lille articles 17. & 19.

11. Coutumes où l'on ne peut être donataire & heritier, ni en collaterale, ni en directe.

Nous avons une cinquiéme espece de Coutumes, où l'on ne peut estre donataire & heritier, & où le rapport des donations entre-vifs a lieu, tant en collaterale, qu'en directe : telle est la Coutume de Blois, art. 167.

Que si une Coutume défend en general d'estre legataire & heritier, cela s'entend tant dans la ligne collaterale, que dans la directe, comme il a esté jugé en interpretation de l'art. 73. de celle de Sens, par l'Arrest du 1. Avril 1661. rapporté dans les notables Arrests depuis 1657. jusques en 1664.

12. Coutumes où il est défendu d'avantager son heritier dans ses propres.

Il y en a une sixiéme sorte, où il est seulement défendu d'avantager son heritier présomptif dans ses propres : telle est la Coutume de la Rochelle article 42. mais il est permis dans cette Coutume au donataire de se tenir à son don en renonçant, & c'est le sujet d'une Note de Maistre Charles du Molin sur cet article.

13. Coutumes d'égalité précise.

En cela elle differe d'un septiéme genre de Coutumes, où le rapport est toûjours necessaire tant en collaterale, qu'en directe, & où il n'est pas permis de se tenir à son don : telles sont les Coutumes du Maine & d'Anjou.

14. Coutumes où le prélegs a lieu, quand il est exprés.

L'on peut compter pour un huitiéme genre de Coutumes celles où le prélegs a lieu, mais où il doit estre declaré expressément : telle est la Coutume de Peronne, qui dit, article 204. que *les dons en directe sont sujets à rapport, sinon qu'ils eussent esté faits sans charge de rapport, & que cela fût expressément dit.* Et en l'article suivant, que *nul ne peut estre heritier ni legataire ensemble d'une même personne, si le legs n'est par forme de prélegat & hors part.* Telle est aussi la Coutume de Noyon article 16. Or dans ces Coutumes il ne suffit pas que le défunt ait donné ou legué quelque chose à son heritier présomptif, pour faire qu'il soit exempt du rapport, l'on suit leur disposition à la lettre, & le rapport a lieu, si le donateur ne l'a expressément défendu, ou s'il n'a dit expressément que le donataire auroit les choses données par forme de préciput ou de prélegs. Ricard part. 1. des donations, chapitre 3. section 15. nomb. 650.

15. Coutumes qui permettant le concours des qualitez, auto-

Il y a un neuviéme genre de Coutumes qui permettant le concours des qualitez de donataire, ou legataire, & d'heritier, permettent par consequent le préciput & prélegs, sans qu'il y en ait clause expresse dans la donation, ou dans le legs

image
not
available

tion du mineur ? Et il faut dire, que le mineur ne relevant le majeur, que dans les choses indivisibles, & un mineur qui a accepté une succession avec un majeur, pouvant sentir l'effet de sa restitution, sans relever le majeur, ainsi la chose n'étant point indivisible, la restitution de l'un n'a rien de commun avec celle de l'autre : Le mineur deviendra douairier, & le majeur demeurera heritier ; Mais celuy-cy peut prétendre que les creanciers le doivent admettre à renoncer, ou le décharger de la moitié des dettes, comme il sera dit au chapitre des dettes, livre 4. section 2. & à l'égard du douaire, comme il y a part naturellement, il en est déchargé de la moitié, & ainsi il n'a pas besoin à cet égard de se prévaloir de la disposition de la Loy *Cum hereditate 55. ff. de adquir. vel omit. heredit.*

14. Si un fils peut estre heritier dans une Coutume, où le douaire n'est que viager, & douairier dans celles où il est propre.

En cinquiéme lieu, l'on demande si un pere laissant du bien en plusieurs Coutumes, dont les unes declarent le douaire viagere, les autres le font propres aux enfans, le fils pourra estre heritier des biens situez dans les premieres Coutumes, & prendre le douaire dans les secondes, ou si les qualitez d'heritier & de douairier sont en cela même, incompatibles au respect d'une même succession ? La raison de douter est qu'il a esté dit au chapitre des rapports, que celuy qui ne peut estre heritier dans une Coutume, peut estre legataire en cette Coutume, & heritier dans les autres, d'où il semble que l'on puisse induire, que le fils peut estre douairier dans les Coutumes où le douaire passe aux enfans, & heritier dans celles où il n'est que viager : les qualitez de douairier & d'heritier n'estant gueres plus incompatibles que celles de legataire & d'heritier. De même, si des conjoints ont des heritages situez en diverses Coutumes, dont les unes portent que la femme ne peut pas avoir don & douaire, les autres le permettent, la femme peut avoir douaire sur les heritages situez dans ces dernieres Coutumes ; & don sur ceux situez dans les premieres. Cependant il faut conclure dans nostre espece pour la negative, & la raison de difference est, que le douaire tient lieu de la legitime, & que la legitime tient lieu de la succession, & est une partie de la succession. C'est pourquoy si l'on pouvoit estre douairier & heritier, ou legitimaire & heritier, ou douairier & legitimaire dans une même succession, l'on accumuleroit veritablement deux titres lucratifs qui procederoient même d'une seule cause, qui est la qualité d'enfant. Et c'est pour cela qu'avant d'estre reçû à prendre le douaire, c'est une formalité essentielle de renoncer à la succession. Mais on ne peut pas dire le même à l'égard des legs : ils ne tiennent point lieu naturellement de la legitime, ni de la succession, & ne dépendent point de la qualité d'enfans. Et cette raison de difference suffit : car de dire, comme fait Maistre Julien Brodeau, lettre H. nomb. 16. Arrest 2. que cela vient de ce que la défense du concours des qualitez d'heritier & de legataire est réelle, que le legs est réel, & le douaire personnel, cela est sans apparence : puisque les Coutumes défendent ce double concours dans les mêmes termes, & qu'il n'y a point de legs plus réel, que le douaire.

15. Si un majeur évincé du douaire peut se dire heritier.

La sixiéme question est de sçavoir si un fils majeur s'estant tenu au douaire, & depuis ayant esté évincé des biens qui composoient le douaire, peut retourner à la qualité d'heritier. Et la question ne se peut proposer, qu'à l'égard d'un douaire coutumier : Car ce qui auroit esté assigné à des enfans douairiers pour le douaire préfix, ou par les creanciers, ou par d'autres enfans, qui se seroient portez l'heritiers, seroit sujet à garantie : Ainsi il n'est point necessaire à cet égard que le fils douairier quitte le douaire pour se porter heritier. Et à l'égard du douaire coutumier, comme c'est un titre universel, & une quotité dans les propres, l'éviction des biens sujets à ce douaire, n'empêche point que l'enfant ne soit toujours douairier, comme l'éviction des biens hereditaires n'efface pas la qualité d'heritier, *hereditatis appellatio sine dubio continet damnosam hereditatem, juris enim nomen est*, dit la Loy, *Hereditatis 119. de verb. signif.* C'est pour cela que les dettes du pere anterieures au mariage diminuent le douaire, sans recours de garantie, & l'on juge, à cet égard, qu'il n'y a de biens sujets au douaire coutumier, que ce qui reste, les dettes deduites.

Par la même raison il n'y a pas de retour du douaire à la legitime, ce sont des titres lucratifs, qui ne peuvent concourir dans un même sujet, & qui ne se peuvent quitter quand on les a acceptez. D'ailleurs, on ne peut avoir le douaire qu'en consequence d'une renonciation ; au lieu qu'il a esté établi au chapitre de la legitime, section 1. nomb. 4. que la legitime ne se peut obtenir qu'à titre d'heritier. C'est pourquoy c'est une erreur de croire qu'un fils qui a demandé le douaire, & qui est en possession, peut encore s'adresser à ses sœurs, qui sont donataires, pour leur demander le supplément de sa legitime, encore un coup, le douaire tient lieu de la legitime, comme celle-cy tient lieu de la succession ; & il n'y a aucune comparaison à faire du douaire aux parts & portions que les Coutumes obligent les testateurs de reserver aux heritiers legitimes, qui sont une legitime coutumiere qui est compatible avec la legitime de droit, & entre en déduction de cette legitime. Car les Coutumes, en établissant cette reserve, n'ont pas voulu qu'elle tinst lieu d'alimens aux enfans, & qu'ainsi quand ils s'en seroient une fois prévalus, ils ne pûssent plus demander leur legitime de droit ; au contraire elles ont seulement pourvû en cela à la conservation des propres, & à l'interest de la famille en general ; mais lorsqu'elles ont établi le douaire, elles ont pourvû aux alimens des enfans, jusques à leur en faire une proprieté, qui est un fond pour leur subsistance, qu'il n'est pas permis aux pere & mere d'aliener. Ainsi le douaire est aux enfans une veritable legitime, qui leur appartient comme la legitime en qualité d'enfans, qui leur est également donnée pour leur subsistance, & qui ne peut concourir avec la legitime, que l'on n'admette le concours de deux causes lucratives. Mais ce qui doit desabuser entierement de cette opinion, dont nous venons de parler, & ce qui fait voir que ses sectateurs n'en ont pas bien prévû les suites, c'est que la legitime de droit n'estant autre chose qu'un retranchement des dispositions lucratives, jusqu'à la concurrence de la moitié de ce que les enfans auroient eu sans les dispositions, comment le douaire, qui est une proprieté, que l'on assure aux enfans contre les alienations & les titres onereux, pourra-t-il entrer en deduction de la legitime de droit ? deduira-t-on ce que les parens n'ont pû vendre, sur ce qu'ils n'ont pû donner, & fera-t-on ainsi entrer contre toutes les regles, les alienations à titre onereux, dans la masse des biens sur laquelle on composera la legitime ? Car tout ce qui se deduit sur la legitime, à plus forte raison entre dans la masse sur laquelle on la regle : ainsi cette opinion est injuste dans son projet, & impossible dans son execution. Aussi n'a-t-elle pris sa source que dans

16. S'il y a du retour du douaire à la legitime, ou si même ces deux titres ne se peuvent pas accumuler.

L'On renonce ou à une succession future, ce qui se fait necessairement par un contrat de mariage; ou à une succession échûë, ce qui se fait ordinairement en jugement. La faveur des contrats de mariage a fait admettre les premieres renonciations contre la disposition du Droit en la

1. Differentes dispositions de l'un & de l'au-

image
not
available

De la renonciation de l'impuberté.

De même, si l'on a marié une fille impubere, sa cohabitation depuis l'âge de puberté, qui confirme le mariage, ne valide pas la renonciation, & ne se passant rien entre le pere & la fille, comme entre le mari & la femme, qui confirme le passé, l'on estime qu'elle demeure nulle, *initio inspecto*, par argument de ce qui est dit au *§. r. de exhered. lib.* que si le fils n'a esté ni institué, ni desherité par le testament, son decés qui survient du vivant du pere, ne valide pas le testament, & dans la Loy *Ejus qui ff. qui testament. facere possunt*, que celuy qui estoit captif lorsqu'il a testé, doit confirmer son testament depuis sa liberté, sans quoy il demeure nul, *initio inspecto*, & sur le fondement de la Loy 3. § 3. *ff. de min.* Il faut faire aussi une grande difference entre un acte entre-vifs, dont l'effet doit estre present, & qui par consequent ne doit point dépendre de ce qui arrive dans l'avenir; & un acte testamentaire, dont l'effet est remis au temps du decés, & qui flote jusqu'à ce temps, incertain s'il doit subsister ou non; or la renonciation des filles est du premier genre, & elle a cela de particulier, qu'il est de son essence qu'elle ne dépende en aucune façon de l'avenir; parce qu'on ne l'a reçûë que comme un forfait, dans lequel la fille se contentant de quelque chose de present & d'assuré, renonce à tout l'avenir. Ainsi il seroit injuste de faire dépendre de l'avenir la validité de sa renonciation. Ç'a esté aussi l'avis de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 161. de la Coutume de Blois, & sur le 261. de celle du Maine, & de Monsieur Benoist sur le chapitre *Raynut. in verb. duas habens filias n. 29.*

7. Préjugez où on les a traitées favorablement.

Il n'y a neanmoins d'autres exemples, où l'on supplée aux renonciations, & on les considere comme assez favorables; comme lorsqu'une fille a promis par son contrat de mariage de renoncer à la succession de ses pere & mere, cette promesse ayant esté jugée estre veritable renonciation, par Arrest du 14. Juillet 1634. rapporté par Brodeau sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nombre 17. Arrest 6. De même, quand on a jugé que le contrat de mariage n'ayant point de clause précise de renonciation, mais contenant des termes dans lesquels elle n'estoit comprise que tacitement, & cela estant reparé dans la quittance où la stipulation estoit précise, la fille estoit suffisamment excluse, comme il a esté jugé par Arrest du 13. Avril 1685. lequel fut prononcé en robes rouges la surveille de la Pentecoste, en la même année, & est le 181. de ceux de le Vest.

8. Conclusion de la question du nomb. 2.

Ensorte qu'il est vray de dire que l'on a quelquefois traité favorablement les renonciations contractuelles, & que d'autres fois on les a jugées à la rigueur; & bien loin que cette variation soit mauvaise, l'on s'en doit prévaloir en cette matiere pour conformer ses jugemens à l'équité naturelle. Car, par exemple, s'il se presente une renonciation faite dans la Coutume de Paris par une fille mineure, & mal assortie par mariage, qui contienne une énorme lesion & une exheredation toute évidente, eu égard au prix pour lequel elle a esté faite, qui ne sera qu'une minutie, en comparaison des grands biens ausquels la fille aura renoncé; & que cette renonciation n'estant d'ailleurs appuyée d'aucun motif qui la rende favorable, manque en quelque chose, sans doute on en doit juger avec rigueur. Ainsi on se déterminera, suivant les circonstances, sans s'écarter neanmoins des principes, que l'on peut tous comprendre sous cette division sommaire de la matiere,

9. Partage de la matiere.

dans laquelle l'on distingue les conditions des renonciations contractuelles, d'avec leurs effets, en examinant en premier lieu, quelles sont les parties & les conditions essentielles des renonciations; & en second lieu, quels effets elles produisent.

10. Examen des renonciations à successions futures.

Pour examiner si une renonciation contractuelle a toutes ses conditions, il faut considerer qui l'a faite, celuy qui l'a stipulée, ceux au profit desquels elle est stipulée, la qualité de la succession, la qualité de l'acte dans lequel elle est faite, & en dernier lieu, le prix de la renonciation.

11. Renonciations fondées sur la faveur des mâles nez, & à naître.

Il vient d'estre dit, que les renonciations ne se sont introduites dans nostre Droit, qu'en faveur des mâles, & pour le soutien des familles, Monsieur Loüet lettre R. nomb. 17. C'est pourquoy elles regardent les mâles nez & à naître; parce qu'elles n'ont pas pour regle l'affection des parens qui les stipulent, & qui affectionnent beaucoup plus les enfans déja nez, mais bien la faveur de l'agnation, qui concernent également les mâles nez & à naître, comme il est dit en la Loy *Si quis filiabus ff. de testament. tut.* que si un pere donne un tuteur à ses enfans, il est reputé l'avoir donné à ses postumes.

12. Si les fils peuvent renoncer au profit des filles.

L'on demande si les mâles peuvent renoncer à une succession future au profit d'autres mâles, ou au profit des filles. Et il faut conclure, que regulierement, & dans la pureté de nostre Droit, ils ne peuvent renoncer au moins directement, au profit des filles. Paul de Castres, en son conf. 311. parce que ce seroit pervertir l'ordre des renonciations. Mais il semble qu'ils le puissent indirectement, en renonçant au profit des pere & mere, ou en renonçant purement & simplement, sans declarer en faveur de qui ils renoncent. Car s'il ne se trouve que des filles, l'on peut dire qu'elles auront renoncé indirectement en leur faveur.

13. Resolution pour la negative.

Mais j'estime que les renonciations aux successions futures estant contre le Droit commun, & contre le Droit naturel, & principalement celles qui sont faites aux successions directes, parce qu'elles emportent une exclusion du Droit de legitime, qui est une dette naturelle, & ne pouvant estre souffertes que par la faveur de ceux au profit de qui elles se font, les pere & mere ne se doivent point considerer en ce rencontre; car on ne renonce point en faveur de celuy dont on est heritier, mais bien au profit d'un autre heritier. [☞ Alex. vol. 3. conf. 29. Coq. qu. 128. la Coutume de Bourbonnois art. 307. ce qui paroist en ce que si les pere & mere viennent à deceder avant la renonçante, son exclusion ne cesse pas; cependant celuy au profit de qui la renonciation seroit veritablement dirigée venant à deceder, la renonciation devient caduque; par exemple, si elle est faite au profit d'un aîné qui decede sans enfans avant la renonçante, ce qui montre que les filles ne renoncent au profit de leurs pere & mere que *nomine tenus.*] Ainsi il faut considerer des renonciations faites en faveur des pere & mere, comme des renonciations pures & simples; & à l'égard de celles-cy, il en faut même faire application à ceux qu'elles peuvent concerner: ensorte que si au temps de la renonciation, & au temps du decés il n'y a que des filles; quoiqu'on n'ait point exprimé en faveur de qui on a renoncé, la renonciation est présumée faite en leur faveur. Sur ce fondement j'estime que dans la pureté de nostre Droit la renonciation du fils est nulle, s'il n'y a que des filles au temps de la renonciation, & de l'ouverture de la succession, soit qu'elle soit exprimée estre faite en faveur des pere & mere; soit qu'elle soit pure & simple, soit qu'elle soit faite précisément en faveur des filles.

Qu'il ne faut rien

En effet, nos renonciations à successions futures

image
not
available

étendu à des cas tout opposez. Mais il faut convenir que l'usage change un peu ces regles, & donne une prodigieuse extension à ce droit des renonciations aux successions futures.

Tempe-rammment entre les regles, & l'usage.

Le seul temperamment que l'on peut apporter, pour ne pas autoriser d'un côté des renonciations qui sont contre toutes les regles, & ne pas aller d'un autre côté contre un usage qui semble s'introduire, est de dire que les renonciations à successions futures, qui seront faites par des filles au profit d'autres filles, n'ayant point les conditions necessaires, n'auront pas aussi les privileges ordinaires, qui sont attribuez aux renonciations des filles en faveur des mâles, qu'ainsi elles seront reglées par le Droit commun. C'est pourquoy elles devront estre faites par des majeurs, elles n'empêcheront point que les renonçans ne demandent leur legitime, ou le supplément; elles devront avoir, outre cela, les conditions communes à toutes les renonciations à successions futures, & estre faites du consentement de celuy à la succession duquel elles seront faites, soit que ce soit un frere, soit que ce soit un pere. Et avec toutes ces limitations j'adhere à l'usage, & admet ces renonciations ainsi châtiées & conditionnées. Mais en leur ôtant leurs principaux privileges, il faudra aussi admettre qu'elles soient faites par des majeurs dans toute sorte de contrats: Ainsi à proprement parler, ce ne seront plus nos renonciations, mais ce seront les renonciations qui sont autorisées dans le Droit Romain, estant faites du consentement de celuy *de cujus bonis*, selon la Loy derniere, *C. de pactis*, & la Loy *Pactum quod dotali 3. C. de collation.* qui ne declare ces renonciations nulles, qu'entant qu'elles blessent la legitime, comme Godefroy l'explique sur cette Loy.

☞ Que si les renonciations à successions futures avantagent en cela les mâles au préjudice de l'égalité requise entre enfant, je réponds qu'aussi la faveur de mâles est la seule cause de leur établissement, que sans elle on ne les auroit jamais receuës; & que puisqu'on les conserve, comme une invention de nostre Droit qui va au maintien du nom & de la famille, il faut en conserver les conditions, & que comme elles ont les mâles pour unique objet, les mâles en profitent seuls.]

17. La renonciation des enfans au profit des collateraux, ne seroit pas bonne.

Enfin, la renonciation des fils & des filles au profit des collateraux des pere & mere, seroit absolument nulle, & même quand une fille a renoncé à toutes successions directes & collaterales, & qu'il arrive que ses freres sont tous decedez sans enfans, elle ne laisse pas de recueillir la succession du dernier de ses freres.

18. Si les freres, au profit desquels se fait la renonciat on, doivent estre presens.

L'on demande si ceux au profit desquels la fille renonce, doivent estre presens, comme aussi les freres, quand on la fait renoncer aux successions collaterales, & nous joignons ces deux questions, parce qu'elles dépendent à peu prés des mêmes principes. A l'égard de la premiere, il faut conclure pour la negative, parce que l'on a donné cette autorité aux peres, de stipuler des renonciations de leurs filles au profit de leurs enfans mâles. Et ces clauses ne dépendent point de la presence ni de l'acceptation des mâles; mais de la stipulation du pere, dont la tendresse naturelle pour tous ses enfans répond du succés de cette stipulation, parce qu'il est toujours présumé prendre le meilleur parti pour ses enfans, *L. ult. C. de curat. fur.* & c'est sur le même fondement que l'on a permis au pere de faire renoncer sa fille à la succession, même de ses freres & sœurs absens, dont il est présumé la recompenser. Mais la plus grande difficulté est de sçavoir, quel est l'effet d'une renonciation faite aux successions collaterales en l'absence des freres & sœurs, & si elle a lieu non seulement pour les propres des freres ausquels les pere & mere ont pû imposer telle condition qu'ils ont voulu, parce qu'ils viennent d'eux, mais encore pour leurs acquests.

19. Si la renonciation aux successions collaterales stipulée en l'absence des freres a lieu pour leurs acquests.

Il est constant que dans les Provinces regies par le Droit écrit, la fille ne renonce pas valablement à la succession de ses freres, qu'ils ne soient presens lors de la renonciation; parce que l'on y observe indéfiniment la Loy derniere *C. de pactis*, Monsieur Maynard, livre 4. chapitre 21. Aufrerius *ad decis. Cap. Tholos. 454.* Il n'en est pas de même en païs coutumier. Mais il semble que si un pere peut stipuler que sa fille ne pourra venir à sa succession directement ni indirectement par le moyen de ses freres, s'il peut substituer son bien au profit de ses enfans mâles, & cela sans la presence ni le consentement de ses enfans mâles, parce que cela se fait en un temps auquel ils n'ont encore aucun droit réel sur les biens, il n'a pas le même droit à l'égard des acquests de ses enfans, ausquels, & non à luy, il appartient d'en disposer, & qu'ainsi l'effet de la renonciation aux successions collaterales, ne doit s'étendre que sur les propres venant des pere & mere, qui ont stipulé la renonciation, mais non pas sur les acquests des freres & sœurs, ausquels il semble que la renonçante doive estre admise.

Raisons pour la distinction des acquests & des propres.

En effet, quel droit un pere a-t-il de disposer des acquests de ses enfans, & d'empêcher qu'une sœur n'y succede, de leur substituer nonobstant qu'ils soient majeurs, d'exclure une sœur du fruit de leurs travaux? Et quand il n'a pas expliqué la renonciation qu'il a stipulée, & qu'il s'est contenté de faire renoncer sa fille aux successions de ses freres & sœurs, comment peut-on s'imaginer qu'il ait entendu l'exclure des acquests de ses freres, dont il n'est pas le maistre, & les substituer par ce moyen à ses autres enfans? N'est-il pas juste au contraire d'expliquer sa disposition, comme s'il avoit disposé précisément des biens qui viendroient de son chef à ses autres enfans, & s'il avoit dit que la renonçante ne pourroit succeder à ses freres & sœurs pour les biens venus de son chef, ou du côté de la mere, qui semblent n'avoir pas perdu dans la succession d'un frere la qualité de biens paternels ou maternels. *Nec videbatur esse pars hereditatis filii; sed adhuc bonorum maternorum non abjecisse naturam*, dit la Nov. 2. ch. 3. auquel cas les acquests des freres & sœurs ne seroient pas compris dans la disposition, puisqu'enfin l'on ne peut pas ôter ce qu'on ne peut pas donner legitimement. Le sens des clauses si generales qu'elles soient, dépend de l'esprit & de l'intention des contractans, *cap. intelligentia de verb. signif.* Or l'intention du pere, qui fait renoncer sa fille aux successions de ses freres, est de le priver des biens qu'il laissera à ses autres enfans, & d'en faire une espece de fideicommis au profit de ses enfans mâles. Il y a un conseil de Maistre Charles du Molin dans une espece toute semblable, où il conclut pour cette opinion. C'est son conseil 15. dans l'espece duquel un homme ayant contracté un second mariage avec une femme, qu'il avoit eué auparavant pour concubine, avoit stipulé qu'elle ne pourroit succeder aux enfans communs, ce qui fit naistre la question, si cette renonciation, ainsi stipulée dans un contrat de mariage, se devoit entendre des biens venus à ces enfans, d'ail-

image
not
available

verb. duas habens filias num. 188. Guy Pape qu. 192. & 231. Ferron. *lib. 2. tit. 5.* mais cela est general pour toutes les Coutumes. Il faut donc faire une décision generale de nostre question principale, & dire qu'une fille qui renonce aux successions collaterales, est censée renoncer à tout ce qui compose les successions de ses freres & sœurs.

21. Objection que c'est donner aux collateraux des heritiers malgré eux. Réponse. L'on objecte contre cet usage, que c'est donner aux autres freres & sœurs des heritiers malgré eux : ce qui est contre la disposition du Droit, & ce qui n'a jamais esté permis que dans le cas de la substitution pupillaire; mais la réponse est, que cela n'a déja aucun inconvenient à l'égard des biens paternels & maternels; puisque les parens en disposent & en excluent la fille renonçante, en un temps auquel ces biens sont encore en leur possession, & qu'ils les peuvent faire passer par contrat entre-vifs à qui bon leur semble. Et à l'égard des acquests, cette renonciation que l'on stipule de la fille mariée, ne rend pas les autres freres & sœurs heritiers necessaires les uns des autres dans ces sortes de biens; puisqu'ils en peuvent disposer au profit même de la renonçante, à plus forte raison au profit des étrangers, & cette stipulation oste plûtost une heritiere *ab intestat*, aux autres freres & sœurs qu'elle ne leur en donne, & le pere même les recompense de cette entreprise, par la renonciation à sa propre succession qu'il stipule, & qui leur profite.

22. Si la renonciation aux successions collaterales s'étend aux successions des sœurs qui ont déja renoncé, ou qui renonceront. Enfin, il y a lieu de douter si la fille, qui a renoncé aux successions collaterales, est excluse des successions de ses sœurs qui avoient renoncé avant elle, ou qui renoncent depuis. Car il semble que les parens ne peuvent disposer au plus, que des successions des enfans qui leur doivent succeder, & non de ceux qui ont renoncé par avance à leurs successions, & deviennent en quelque façon étrangers. Cependant il faut dire, que le renonçante sera encore excluse de ces successions; parce que ces renonciations ne se sont faites que moyennant une dot que les parens ont constituée à chacune des renonçantes, laquelle leur tient lieu de la succession de leurs parens, & est un forfait anticipé de ces successions. Ainsi il est vray de dire, que quand un pere fait renoncer une de ses filles à la succession de ses autres sœurs qui ont déja renoncé, ou qui renonceront dans la suite, il dispose de son bien : mais ce qui est plus important, il le fait avec la prudence d'un pere de famille, à qui la Loy donne un souverain pouvoir, à cause de la confiance qu'elle a en ses sentimens.

☞ Que si le pere ou la mere qui a stipulé pareille renonciation vient à deceder, & que le survivant se remarie & ait des enfans, en ce cas la renonciation de la fille a lieu, même à l'égard de la succession des enfans du second lit; parce que comme elle s'entend de la succession des collateraux de la renonçante nez ou à naître, elle s'applique aussi à celle des collateraux de la renonçante, soit d'un premier, soit d'un second mariage du pere ou de la mere, & les raisons de Lelet sur l'art. 220. de la Coutume de Poitou qui a voulu établir le contraire, ne me touchent pas.]

23. Si un frere aîné peut faire renoncer sa sœur à sa succession future. L'on pourroit encore demander, si ce que l'on permet au pere peut avoir lieu à l'égard d'un frere aîné, qui mariant une sœur la fait renoncer à sa succession future au profit de ses autres freres & sœurs? Car d'un costé la succession du frere estant moins dûë que celle du pere, il semble que la renonciation à cette succession soit plus favorable. D'autre costé, nous n'avons permis au pere de la stipuler, qu'à cause de la présomption de l'affection naturelle, qui n'a pas tant de force entre freres, & ce qui semble plus considerable, c'est que les renonciations à successions futures sont odieuses en general, & de mauvais augure; ainsi elles doivent estre restraintes. Enfin, c'est la commune opinion des Docteurs sur la Loy *Cum mota C. de transact.* & c'est celle d'Antonius Faber. *de error. Pragmat. lib. 13. cap. 6.* Il y a pourtant quelques Coutumes qui autorisent ces renonciations sur la stipulation du frere aîné, comme celle d'Auvergne, & j'estime qu'elles sont valables, pourvû qu'elles soient faites par des majeurs, par les raisons expliquées au nomb. 26.

L'on peut aussi demander si les parens du garçon pourroient stipuler la renonciation de la fille aux successions de ses proches, & *vice versa*? Ce qui n'est pas sans exemple, puisque par le contrat de mariage d'Anne, fille de Christierne troisiéme Roy de Dannemarc, avec Auguste de Saxe, frere de Maurice de Saxe, Christierne même stipula par une clause précise, qu'Auguste son gendre n'auroit aucune part aux biens que Maurice avoit eu de la confiscation de Jean Frederic de Saxe, à cause de la Ligue qu'il avoit faite contre l'Empereur Charles-Quint, par où Christierne vouloit témoigner solemnellement, qu'il n'approuvoit pas l'action de Maurice, qui avoit ainsi supplanté son propre parent, ce qui est ainsi rapporté par Monsieur de Thou, liv. 5. nomb. 6. sur la fin. Et certes, cette stipulation estoit plus glorieuse au Roy de Dannemarc, qu'elle ne seroit reguliere dans un autre cas. 24. Si les parens du garçon peuvent stipuler la renonciation de la fille à la succession de ses proches, & vice versa.

Outre cette stipulation du pere de famille, il faut que la renonciation soit formelle, Faber *in Cod. lib. 2. tit. de pact. 3. definit. 13.* ce qui peut estre fondé sur l'importance de ces actes, où une fille se desiste de ses droits les plus legitimes : *est enim majoris momenti, quàm ut actibus tacites colligi ista renonciatio possit*, dit Monsieur d'Argentré; c'est pourquoy si quelqu'un en mariant sa fille fait une donation à son fils de tous ses biens presens & à venir, à la charge de donner aprés son decés une certaine somme à sa fille, cette convention ne passera pas pour une renonciation de la part de la fille. Cependant une promesse de renoncer, faite par contrat de mariage, a passé pour une veritable renonciation, par l'Arrest du 14. Juillet 1635. rapporté par Brodeau, sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 17. Arr. 6. De même on a jugé, qu'une fille ayant promis par son contrat de mariage de se contenter d'une certaine somme pour tous biens presens & à venir, & ensuite ayant renoncé précisément dans la quittance de sa dot, telle renonciation estoit valable. L'Arrest est du 13. Avril 1585. & fut de la prononciation de la Pentecoste de la même année, & est le 181. des Arrests de le Vest, quoiqu'il y soit datté de 1686. ☞ Au contraire si la fille s'est contentée d'une certaine somme pour tous biens presens & à venir, sans faire d'autre renonciation, ni dans son contrat de mariage, ni dans la quittance de sa dot, elle n'est pas censée avoir renoncé; parce qu'elle n'a pas renoncé expressément. Il y en a un Arrest du 6. Septembre 1586. dans Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. ch. 1. tit. 1. n. 15. à la marge.] Enfin, l'on a décidé ce que nous avons déja rapporté, qu'une fille ayant renoncé au profit de ceux de ses freres qui seroient instituez heritiers par le testament de son pere, & le pere n'ayant point testé, la renonciation profitoit aux freres & sœurs heritiers *ab intestat*, comme si cette clause n'avoit esté apposée dans la renonciation que contre ceux qui seroient desheritez par le pere, & qu'ainsi il suffisoit de n'estre pas deshe- 25. Que la renonciation doit estre formelle. Divers exemples.

persuader de les admettre : car outre qu'il n'y a point de legitime dûë en cette ligne, à laquelle la renonciation emporte dérogation : ce qui les rend encore plus favorables, elles ont cela de particulier, qu'elles ne sont point des effets de la puissance du pere qui exige ce qu'il veut de ses enfans, & principalement d'un sexe timide: Aussi c'est l'avis de Maistre Charles du Molin, en son Conf. 15. nomb. 105. quoiqu'il semble avoir dit quelque chose de contraire en son Conseil 55. nomb. 9. Chassanée a aussi approuvé ces sortes de renonciations en son Conf. 28.

Que dans ces renonciations les trois motifs ordinaires ne sont pas essentiels. Je ne croirois pas même que pour la validité de ces renonciations, qui sont faites à des successions collaterales par des majeurs, du consentement de celuy *de cujus bonis*, il fût necessaire que les trois motifs, que nous avons dit servir de fondement aux renonciations ordinaires, s'y trouvassent exactement : car dés que l'on n'est plus dans le cas d'une renonciation stipulée par un pere à des successions directes & collaterales, qui peuvent estre faites par des mineurs, & emportent une privation de la legitime, l'on rentre dans le Droit commun des renonciations, selon lequel il suffit que le renonçant soit majeur, & que la renonciation soit faite du consentement de celuy de la succession duquel il s'agit, *L. ult. C. de pactis :* ainsi l'on peut remettre à tel terme que l'on veut le payement du prix de la renonciation, même aprés la mort de celuy de la succession duquel il s'agit, & la renonciation se peut faire par toute sorte d'actes. En un mot, il n'y a rien à craindre dans ces renonciations que le vœu inhumain de la mort d'autruy. Au lieu que l'on peut craindre dans les autres la ruïne d'une fille mineure, & la perte de sa legitime. C'est pourquoy on ne se doit pas étonner, si elles ont des Loix bien differentes.

Et pour ce qui concerne ce vœu inhumain, il n'est pas tant à craindre, quand les renonciations aux successions collaterales sont faites au profit de ceux du même degré, ou du degré suivant, supposé que le renonçant soit seul de son degré, que quand elles sont faites au profit d'un parent éloigné, ou d'un étranger : au premier cas, les liens de la paternelle estant plus étroits, les personnes semblent plus unies, & l'on a moins à craindre ces pensées criminelles : d'ailleurs, le renonçant ne renverse pas si fort l'ordre naturel, estant juste que ceux du même degré, ou du degré suivant, entrent dans des droits, ausquels il juge à propos de renoncer, mais au second cas, le renonçant, qui dirige sa renonciation au profit d'un parent éloigné, ou d'un étranger, en fait un veritable commerce. Il subroge en sa place une personne qui ne doit point y entrer naturellement, & que les liens de la paternelle ne garantissent pas du vœu inhumain. Ainsi quoique ces renonciations soient faites du consentement de celuy de la succession duquel il s'agit, on les doit declarer nulles, suivant l'Arrest rapporté dans Monsieur Loüet, en la lettre H. nomb. 6.

27. Les mineurs ne peuvent renoncer valablement à des droits échûs. Les mineurs ne peuvent aussi renoncer qu'à des successions futures, & s'ils renoncent à des droits échûs, ils sont restituables, quand ils l'ont fait avec avis de parens, homologué en Justice: à plus forte raison s'ils n'ont observé aucunes formalitez, auquel cas, la faveur, du contrat de mariage ne suffit pas pour soutenir leur renonciation. En effet, ces renonciations contractuelles ont pour principal fondement l'incertitude de l'évenement: or le succés des droits déja échûs & déferez par la nature & par la Loy, est bien plus certain, que d'une succession future : ce qui fait que l'on attribuë une renonciation à succession échûë, au respect de la fille envers son pere, & qu'on y applique ces termes de la Loy 4. *De reg. jur. Velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini.*

Que si la fille mineure a renoncé tant à la succession future de son pere, qu'à la succession déja échûë de sa mere, l'on distingue, ou elle a renoncé pour un seul & unique prix, ou pour des prix distincts & separez, si pour un seul prix, la renonciation à la succession échûë qui est nulle, [selon les Arrests qui sont dans le Vest, ch. 199. & dans Bouchel liv. 1, ch. 66. & dans Monsieur Loüet lett. R. nomb. 17.] entraîne avec elle la renonciation à la succession future, & la restitution a lieu contre l'une & l'autre. Brodeau sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 17. Arr. 9. & suiv. C'est ainsi que le propre ayant esté vendu pour un même prix avec l'acquest, le propre attire l'acquest, & l'acheteur qui devient défendeur à un retrait lignager, n'est point tenu de souffrir la division de sa vente : c'est ainsi que quelqu'un ayant acheté plusieurs esclaves pour un même prix, s'il intente l'action redhibitoire pour un de ses esclaves, il est obligé de se desister de tout son marché, si l'acheteur le demande, *L. cum ejusdem 34. & L. penult. ff. de Ædilit. Edict.* 28. *Quid* s'ils renoncent à des droits échûs, & à des droits à échoir.

Que si la renonciation est faite aux deux successions pour deux prix distincts & separez, la mineure executera la renonciation à la succession future, mais se pourra faire relever de celle à la succession échûë. C'est ainsi que le donataire peut diviser la donation des biens presens, d'avec celle des biens à venir, quand elles sont separées, & qu'elles ne sont pas faites, comme dit Henrys, *una eademque oratione.*

La renonciation doit avoir son prix & sa recompense presente, parce que c'est l'incertitude de l'évenement qui la soutient principalement : Que si elle estoit gratuite, ce seroit une veritable donation, & elle se feroit au dommage de la renonçante. Robert, *rer. judic. lib. 2. cap. 4.* C'est ainsi que dans la plûpart des Coutumes où la fille mariée est excluse de la succession, celle qui n'a point esté dotée n'est point excluse, c'est la disposition de l'art. 220. de la Coutume de la Marche, & de l'art. 305. de celle de Bourbonnois, sur lequel il faut voir la Note de Maistre Charles du Molin. Mais il y auroit lieu de douter, si le pere ayant seul constitué la dot, & la mere n'y ayant point voulu contribuer, la fille peut renoncer à la succession de la mere, aussi-bien qu'à celle du pere. La raison de douter est, que dans nostre usage, quoique les freres ne contribuent point à la dot de leur sœur, elle renonce valablement à leurs successions sur la stipulation du pere & de la mere qui la font renoncer à toutes successions directes & collaterales. 29. Si la fille peut renoncer aux successions de son pere & de sa mere, l'un d'eux ne la dotant pas.

Il faut répondre, nonobstant cela, que dans l'espece proposée la renonciation à la succession de la mere ne pourra subsister, parce que soit que le pere donne des biens de la communauté, soit qu'il donne de ses propres, il n'en coûte rien à la mere qui n'a pas voulu doter, luy estant dû recompense pour la moitié des conquests que le pere a donnez : Et toute la dot estant constituée aux dépens du pere, il seroit vray de dire, que la renonciation à la succession de la mere seroit gratuite, ce qui ne se peut pas. Car si l'on autorise la renonciation pour les successions des freres qui ne dotent point, c'est parce que le pere est consideré non-seulement comme leur chef, mais comme la source des biens qui doivent com- 30. Resolution pour la negative.

image
not
available

pas. En effet, si dans le contrat de mariage on s'estoit contenté de faire renoncer la fille sans luy constituer de dot, & que l'époux content de ses talens naturels, se fust resolu à prendre *uxorem indotatam*, il est certain que la dot qui luy seroit constituée depuis le mariage ne feroit pas valider sa renonciation, qui seroit nulle dans son principe, suivant la regle ordinaire *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest*, qui a lieu principalement en cette espece, où aprés la celebration du mariage, on tombe en un temps prohibé, sous lequel les quittances du mari, de la dot de sa femme, sont toûjours suspectes. Or il en est de même du terme de payement, qui ayant esté remis aprés la mort des pere & mere dans leur contrat de mariage : ce qui rendoit la renonciation absolument nulle, n'a pû estre redressé par un payement fait avant la mort, contre les termes de la stipulation.]

La renonciation ne laissera pas neanmoins d'estre valable, si le prix en devant estre payé, selon le contrat, dans un bref délay, la mort du pere survient avant l'expiration de ce temps. Il en faudra juger autrement, si les parens avoient pris un si long délay pour payer la dot, que selon le cours de la nature, leur mort dust arriver avant le terme de payement : car ce seroit une veritable fraude, & en ce cas, la fille pourroit venir à la succession.

Que si le pere ou la mere mariant leur fille, & la faisant renoncer, il intervenoit un oncle, ou autre étranger pour caution de la dot, & que cette caution fust notoirement solvable, je croirois la renonciation en seureté, & que ce qui pourroit arriver de fortuit, ne pourroit pas luy faire donner atteinte.

Si d'ailleurs les pere & mere dotent leurs filles de 20000. livres, dont ils luy donnent 10000. livres comptant, & promettent luy payer les autres 10000. livres aprés le decés de l'un d'eux, ou des deux, le prix de la renonciation sera bon, parce qu'il contient quelque chose de certain. Ce qui aura lieu au cas même qu'il n'y ait que la moindre partie de la dot, qui soit promise & payée lors du contrat.

34. Quelle est en ces matieres la peine de l'inexecution de la dot promise.

Que si au contraire l'on a promis de payer la dot dans un certain temps, & qu'on n'accomplisse pas cette promesse, la fille qui aura renouvellé ses poursuites pendant la vie du pere, si elle le souhaite ainsi, sera admise à la succession aprés son decés, suivant l'Arrest donné à Tours le Parlement y séant le 22. Février 1591. Brodeau lettre R. n. 18. La moindre partie de la dot promise qui resteroit à payer, & dont les pere & mere seroient en demeure lors de leur decés, produiroit le même effet.

☞ Quelques-uns prétendent qu'il faut faire difference sur ce point entre les Coutumes de Droit commun, où la renonciation doit estre expresse, & les Coutumes d'exclusion où elle est tacite & legale dés qu'il y a dotation, disant que dans les dernieres le défaut de payement avant la mort des pere & mere ne revoque pas cet effet de la dotation & cette disposition de la Loy : & de fait cela semble resulter de l'article 310. de la Coutume de Bourbonnois, qui permet aux mâles, lorsque la dot de leur sœur n'a pas esté achevée de payer, d'en acquitter ce qui manque pour profiter seuls de sa renonciation.]

35. *Quid* si les pere & mere ont doté séparément.

Si les pere & mere estant peut-être séparez de biens avoient doté séparément, & stipulé également une renonciation à leurs successions futures, l'inexecution de la part de l'un d'eux, donneroit lieu à la fille de venir à sa succession, sans consequence pour la succession de l'autre. Ce qui auroit lieu au cas même que les constitutions dotales estant séparées, les renonciations aux successions directes fussent envelopées dans une même clause.

Il y auroit plus de difficulté, si dans le même cas, les renonciations estoient faites tant aux successions collaterales, qu'aux successions directes. Je suppose, par exemple, qu'un pere & une mere estant séparez de biens ayent doté leur fille, le pere d'une somme de deniers qu'il a promise, & la mere d'une maison qu'elle a livrée : Et que lors de leur decés la somme promise par le pere, soit encore dûë, l'une & l'autre dot ayant esté établie pour le prix de la renonciation de la fille aux successions directes, & aux collaterales. Car la dot payée fera-t-elle subsister, en ce cas, la renonciation aux successions collaterales, ou la dot non payée luy donnera-t-elle atteinte ? ou distinguera-t-on à l'avenir dans chaque succession collaterale les biens qui viennent de la mere, qui avoit fourni la dot qu'elle avoit promise, pour en exclure la fille, d'avec ceux qui procedent du pere, qui n'avoit pas acquitté la sienne, ou admettra-t-on la fille indistinctement aux successions collaterales, comme n'ayant renoncé que moyennant la double donation qui luy avoit esté [illegible] Enfin, supposé qu'on en vienne à cette distinction des biens qui procedent du pere, d'avec ceux qui procedent de la mere, que fera-t-on des biens indifferens, c'est-à-dire, des acquests des collateraux? 36. Si le pere ou la mere manquant à l'execution de la dot qu'ils ont promise séparément, la renonciation aux successions collaterales doit estre annullée.

Ce qui me détermine, en ce cas, à admettre la fille aux successions collaterales, c'est qu'encore que celuy des deux parens qui a acquitté la dot qu'il avoit promise, pouvoit stipuler seul la renonciation de la fille aux successions collaterales, auquel cas cette renonciation eût eu effet pour tous les biens des freres & sœurs indistinctement; neanmoins on ne se peut pas dispenser de prendre la clause de renonciation, comme elle se trouve dans le contrat de mariage : or le pere & la mere stipulent également la renonciation de la fille aux successions collaterales, & constituent chacun une dot pour prix & pour condition de la renonciation. Enfin, cette renonciation aux successions collaterales, ne regarde pas seulement les biens qui seront venus aux collateraux du chef de chacun des deux ascendans qui la stipulent, mais elle concerne leurs successions indistinctement, suivant ce que nous avons établi au nomb. 19. & suivans. D'ailleurs, l'on ne peut pas dire de cette renonciation aux successions collaterales ce que nous venons de dire de celles aux successions directes, qu'estant generale, elle se reduit à deux renonciations particulieres, l'une à la succession du pere, l'autre à la succession de la mere, les freres estant supposez germains, & appartenant également au pere & à la mere qui ont stipulé la renonciation. Ainsi il ne tombe icy de distinction, [illegible] sur les biens, ni sur les personnes. J'estime donc que le pere & la mere ayant également stipulé cette renonciation, la dot promise par le pere qui faisoit partie du prix, comme en matiere de vente, fait manquer la renonciation aux successions collaterales, selon Decius, en son Conf. 181. puisque cette renonciation n'est faite que moyennant une double donation, & que c'est la même chose, que si les pere & mere avoient doté conjointement de 20000. livres, & qu'ils n'en eussent payé que la moitié. Outre que la difficulté qu'il y auroit dans l'opinion contraire à l'égard des acquests, enfin, le peu de faveur qui se trouve dans les renonciations, contribuent encore 37. Resolution pour l'affirmative.

image
not
available

tion est nulle, nonobstant le payement anticipé de la dot. siste du jour du contrat, c'est une renonciation à succession future qui devient caduque, si le prix ne se trouve payé au temps de la mort, suivant ce qui vient d'estre expliqué.

En second lieu, si l'on est bien persuadé, comme c'est la verité, qu'elle ne valide que du jour de la celebration du mariage, il se trouve en ce moment que la fille a renoncé à une succession future, & que cependant cette succession est échûë; c'est pourquoy si l'on convertit la renonciation à une succession future, en une renonciation à une succession échûë, & que l'on se donne cette liberté en une matiere qui est de droit étroit, la renonciation ne peut déja pas subsister contre une mineure, ce qui est le point le plus important: car le droit des renonciations est principalement établi au respect des mineures. Mais, encore un coup, il est plus seur de declarer toûjours cette renonciation nulle, même en faveur d'une fille majeure; parce qu'une fois sa renonciation, telle qu'elle est conçûë dans son contrat de mariage, ne se verifie pas dans l'évenement, que ce n'estoit point une succession future, à laquelle il falloit renoncer, & que la matiere est toute de rigueur.

Il faut dire le même, en cas qu'une fille qui entre en Religion, renonce à la succession future de son pere, lequel decede avant la profession: car nonobstant cette renonciation la fille sera heritiere, & pourra avant la profession disposer de sa part afferante en gardant les reserves coutumieres. Henrys tom. 1. liv. 4. chap. 6. qu. 61.

42. Si la fille qui a renoncé en faveur de son frere aîné, revient quand il meurt avant les pere & mere. Aprés avoir examiné les conditions des renonciations il reste d'en examiner les effets, & comme l'effet le plus naturel est qu'elles excluent la renonçante de la succession, & qu'on les a admises que pour cet effet, il faut examiner si cette exclusion est absoluë & indéfinie, & s'il n'y a aucun cas, dans lequel la renonçante, ou ceux qui la representent, soient admis à la succession, & il faut convenir que quand une fille a renoncé à la succession future de son pere, ou de sa mere, en faveur de son frere aîné, & que ce frere aîné decede avant les pere & mere, ou avant l'un d'eux sans laisser d'enfans, elle vient à la succession, parce que sa renonciation n'estant faite, qu'en faveur de cet aîné, elle devient caduque par son prédecés. Et en ce cas, le second frere n'entre point en la place du premier. Cela a lieu en cas même que dans le contrat de mariage l'aîné n'ait esté designé que par cette qualité d'aîné; quoique dans une autre espece nous ayons dit cy-dessus, suivant la Note de Maistre Charles du Molin, que quand la renonciation estoit faite au profit des freres, qui seront instituez par le pere, & que le pere n'a point fait de testament, la clause estoit censée apposée contre les exheredez, & n'empêchoit pas l'effet de la renonciation; parce qu'il y a une difference essentielle entre ces deux especes. Dans l'espece de Maistre Charles du Molin, il est indifferent à la fille que ses freres luy succedent, ou comme heritiers instituez, ou comme heritiers *ab intestat*, & quand le pere n'a point testé, elle n'est présumée avoir parlé d'institution, que pour exclure du profit de sa renonciation, ceux que son pere pourroit desheriter; mais dans celle-cy c'est une fille qui avant un frere aîné, pour qui elle a conçû de l'affection, le veut gratifier, ce qui est un bien-fait personnel, & qui ne passe point de la personne d'un frere, en celle d'un autre frere, comme le droit d'aînesse établi par la Coutume. Aussi la Loy *Quoties volens §. si quis nomen ff. de hered. instit.* veut qu'un signe indubitable, comme est la qualité d'aîné ait le même effet, que le nom même de l'heritier: ainsi il faut juger de cette espece, comme si le nom du frere aîné se trouvoit employé dans le contrat de mariage, ce qui se peut même appuyer de l'avis des Docteurs sur la Loy *Pactum quod dotali 3. C. de collation.* Voyez Surdus conf. 446. neanmoins Alexandre est d'avis contraire en son conf. 21. liv. 1. nomb. 28. & Tiraqueau sur le droit d'aînesse, qu. 3. nomb. 6.

Il en est de même si la fille a renoncé au profit de tous ses freres: car si tous les freres decedent sans enfans avant les pere & mere, la fille nonobstant sa renonciation vient à la succession. C'est ainsi que la disposition des deux chefs de l'Edit des secondes nôces, cesse aprés le decés des enfans du premier lit. Il y a aussi plusieurs de nos Coutumes qui reglent ce retour de la renonçante, comme Bourbonnois, art. 309. Auvergne, tit. des Successions, art. 26. & 27. [☞ Et je ne crois point qu'en ce cas les pere & mere puissent instituer un étranger au préjudice de leur fille; quoiqu'en dise Brodeau sur Monsieur Loüet lettre R. nomb. 17. Car la fille qui rentre dans ses droits, au moyen de ce que la cause de sa renonciation ne subsiste plus, a au moins le supplément de sa legitime contre cet étranger, & en pays de Droit écrit elle feroit même casser le testament, comme estant préterite. Aussi je ne vois point que Maistre Charles du Molin ait dit le contraire sur le conf. 30. de Decius, comme allegue Brodeau, & il estoit trop instruit de ces matieres pour conclure à priver une fille de ses droits legitimes en faveur d'un étranger, aprés que la cause de la renonciation de la fille, est cessée par le prédecés de ses freres. Il en faut dire autant, en cas que la renonciation de la fille soit pure & simple.] 43. Qu'à si elle a renoncé au profit de tous ses freres.

Que si une fille a renoncé au profit de son frere aîné, qui renonce luy-même dans la suite, il est déja constant que s'il n'a point d'enfans, elle viendra à la succession des pere & mere, & profitera doublement, en ce cas, de la renonciation de son aîné. Voyez Paul de Castres, conf. 342. au commencement. Que s'il a des enfans qui veulent venir à la succession de leurs ayeuls, il y a plus de difficulté: car admettra-t-on à la succession la renonçante, qui semble devoir estre excluse par les enfans de l'aîné qui profite de la renonciation qu'elle a faite en faveur de leur pere, ou admettra-t-on les enfans d'un renonçant qui semble avoir renoncé pour luy & pour ses enfans, ou bien la tante, & les neveux souffrant chacun de sa renonciation, ou de celle de leur pere, fera-t-on profiter de cette double part les coheritiers, eux que la premiere renonciation ne concerne point? Et il semble d'abord que ce dernier parti est le plus regulier, & qu'en ce cas, la renonciation de l'aîné profite pour une double part aux coheritiers; mais d'autre costé quelle injustice ne seroit-ce pas, que d'oster sa part à la fille qui n'a renoncé qu'en faveur de son aîné, qu'elle a supposé devoir estre heritier, & dont la renonciation se resout, quand on en oste la cause & l'objet, comme il paroist au cas que l'aîné n'ait point laissé d'enfans. Il faut donc dire que la part de l'aîné appartiendra à ses freres & sœurs, entre lesquels il faut compter la renonçante, mais que celle de la renonçante luy doit revenir, augmentée même par la renonciation de son frere, duquel les enfans, qui ne peuvent venir par la representation d'un homme vivant, ne luy sçauroient faire obstacle. 44. Qu'à si au profit de son aîné qui renonce aussi dans la suite.

☞ Une fille mariée par sa mere sous la Coutume de Bourbonnois, renonce à toutes successions directes & collaterales, *au profit de Remi son* 45. Si la renonçante vient à la

image
not
available

sément comprise que toutes les autres, puisque *ex concessis*, au défaut de la renonciation expresse, la legale vient quelquefois, & que cela doit avoir lieu principalement en une espece imprévuë, qui ne doit rien faire changer à une renonciation generale reglée par le contrat & par la Coutume, Ce que nous jugeasmes en l'affaire des sieurs Imbert, & d'Ainay en Bourbonnois, Maistres Lanon, Berroyer, & moy.

46. Si la fille qui a renoncé au profit de son frere germain, peut estre excluse par son consanguin au défaut du germain.

On m'a encore proposé cette question pour la même Coutume de Bourbonnois; Un pere qui avoit esté marié deux fois, & avoit un fils & une fille du premier lit, & plusieurs enfans mâles du second, maria sa fille du premier lit, & la fit renoncer aux successions directes en faveur de son frere germain. Celuy-cy fit peu aprés profession en Religion: & le pere estant mort ensuite, la fille mariée voulut venir à la succession; ses freres consanguins prétendirent l'en exclure, en vertu des art. 305. & 309. qui disent que fille mariée & appanée, est excluse tant qu'il y a des mâles, ou des descendans des mâles; au contraire la fille mariée soutint que n'ayant renoncé qu'au profit de son frere germain, qui estoit mort civilement avant le decés du pere, sa renonciation n'avoit plus lieu, & elle devoit venir à la succession Je conclus pour elle, parce que dés que le pere avoit limité la renonciation en faveur du frere germain qui estoit prédecedé, il l'avoit rappellée ou reservée tacitement, à l'égard des autres; aprés quoy les freres consanguins ne se pouvoient plus prévaloir de l'exclusion coutumiere en faveur des mâles: puisque la renonciation expresse n'estoit qu'en faveur d'un frere germain, & que quand le pere avoit fait une stipulation, la Coutume qui n'auroit disposé qu'en sa place, cessoit de disposer. Ce qui est d'autant plus juste, que c'est le pere qui dote, & non pas la Coutume; & qu'il sçait ce qu'il doit donner à proportion de ce qu'il exige de sa fille, donnant plus quand il luy laisse moins de retour aux successions de la famille, & moins quand il luy laisse plus d'esperance de pouvoir venir à ces successions. Enfin, la limitation apportée par le pere à la renonciation de sa fille, devant d'autant plus avoir son effet, qu'elle est dans l'esprit de l'article 307. de la Coutume, qui dit que la renonciation expresse faite par la fille, est censée faite au profit de ses freres germains; & qu'enfin cette préference est fondée en nature: que si par un usage de cette Province, la renonciation au profit d'un des mâles, comme de l'aîné, profite aux autres mâles en cas que l'aîné prédecede, c'est qu'à proprement parler, l'aîné est celuy qui se trouve tel au temps du decés, & que d'ailleurs tous les mâles ont à peu prés une égale faveur; mais on ne dira jamais que les freres consanguins soient aussi favorables qu'un frere germain, puisque celuy-cy a le double lien sur eux; & par consequent ce qui a esté stipulé pour le frere germain, ne doit pas s'étendre aux freres consanguins.]

47. La renonçante peut avoir supplément de legitime à Bourges, & en estre excluse à Paris.

La renonçante revient encore à la legitime, quand la Coutume le luy permet, comme celle de Bourges, titre 19. article 34. & cela sans lettres de rescision, parce qu'elle auroit inutilement recours à un remede extraordinaire, quand la Coutume luy en donne un naturel & ordinaire, & qu'elle peut agir par condiction *ex lege municipali*, pour obtenir le supplément de sa legitime. De même que dans cette Coutume & dans celle de Bretagne, il ne faut point de lettres pour le benefice d'inventaire, que ces Coutumes permettent expressément. Que si le pere qui a stipulé cette renonciation, se trouve avoir des biens situez à Bourges & à Paris, la renonçante estant excluse des biens de Paris, viendra à ceux de Bourges pour sa legitime, qui sera reglée suivant ce que nous avons expliqué livre 2. chapitre 3. section 3. nombre 13. c'est-à-dire, selon le nombre des enfans, au tiers, ou à la moitié des biens situez dans l'étenduë de cette Coutume. Car l'on peut estre en ce cas legitimaire & renonçant tout ensemble, comme nous avons dit ailleurs, qu'un neveu pouvoit estre heritier dans les biens de Paris, & exclus de la succession dans les biens de Senlis, où la Coutume n'admet point de representation en ligne collaterale. Voyez Charondas, livre 4. chapitre 108. & sur l'article 302. de la Coutume de Paris, Maistre Charles du Molin, sur le conseil 29. du livre 3. des Conf. d'Alexandre. Rob. livre 1. chapitre 15. Papon, livre 16. titre 3. Arrest 4. vers la fin.

La principale difficulté est de sçavoir, si un pere estant domicilié à Paris, & ayant stipulé de sa fille par son contrat de mariage aussi fait à Paris, une renonciation expresse à sa succession future, la fille n'aura pas de retour à la legitime, au moins sur les biens de Bourges?

Il semble que le retour à la legitime doit avoir lieu, parce qu'il ne faut point considerer la Coutume de Paris, qui ne dispose pas de l'effet des renonciations: outre que l'exclusion, qui auroit icy lieu, ne pourroit venir qu'en vertu du contrat, puisque la renonciation est expresse. Or le contrat fait à Paris n'a pas plus de force que le contrat fait à Bourges, qui n'empêcheroit pas que la fille ne revinst à sa legitime, suivant cet article 34. du titre 19. dont la disposition est réelle, & affecte les biens situez à Bourges.

Cependant Maistre Charles du Molin en son cons. 55. est d'avis contraire, & Monsieur d'Argentré sur l'article 218. gl. 6. nomb. 27. convient avec luy de ce point, excepté qu'il veut que la renonciation soit expliquée, & qu'elle soit faite de tous biens, en quelque lieu qu'ils se trouvent situez. La raison de ces deux Auteurs est qu'il n'y a rien de plus personnel que les contrats, comme il n'y a rien de plus juste que d'executer les contrats de mariage dans toutes leurs parties.

Pour moy, j'estime que pour exclure la fille de sa legitime dans les biens de Berry, il auroit esté necessaire, en ce cas, que la renonciation fût accompagnée d'une derogation expresse à toutes Coutumes contraires, & que la renonciation estant pure & simple, n'empêchera point le retour de la fille à la legitime dans les biens de Berry, parce que, comme il vient d'estre dit, la Coutume de Bourges qui reserve la legitime à la renonçante, est réelle, & affecte les biens qui sont situez dans son ressort. Le contrat fait à Paris n'a pas plus de force à cet égard, que s'il estoit fait à Bourges; auquel cas, la renonciation n'empêcheroit pas le retour à la legitime dans les biens de Bourges. Joint que la disposition de la Coutume de Bourges est extrêmement favorable. Enfin, je n'estime pas, qu'en ce cas, la simple renonciation déroge suffisamment aux Coutumes qui accordent le supplément de la legitime à la renonçante: puisque ces Coutumes supposent cette renonciation, ne laissent pas d'accorder ce supplément; ainsi le pere qui a des biens situez en pareille Coutume, ou qui en espere avoir, doit faire renoncer sa fille à sa succession future; même à tout supplément de legitime, avec dérogation à toutes Coutumes contraires. La raison de Maistre Charles du Molin & de Monsieur d'Argentré, de dire qu'il n'y a rien de plus personnel, que les contrats, ne me touche pas pour une Cou-

image
not
available

fille estant heritiere présomptive, il n'y a que l'obstacle de la renonciation à lever, & il est naturel que cela se fasse par le même consentement qui avoit formé la renonciation, suivant la Loy 1. *C. quando liceat ab empt. disced.* Au lieu qu'au second, il ne suffit pas d'oster un obstacle, mais il faut donner. Car l'arriere-neveu, quand il y a des freres ou des neveux, ne peut rien obtenir qu'à titre de donation ou de legs, parce qu'il ne luy a jamais rien appartenu de son chef, c'est pourquoy ce dernier rappel ne se peut faire que par une donation testamentaire.

53. Raisons pour prouver qu'il est succession. Plusieurs estiment neanmoins, que la fille même qui est rappellée, ne vient que par forme de legs, parceque, disent-ils, quiconque a une fois renoncé valablement à une succession, ne peut plus estre heritier, mais ils abusent de cette maxime, qui n'a lieu qu'à l'égard des renonciations faites aprés l'échéance des successions, & non à l'égard de celles qui sont anticipées, & qui n'estant fondées que sur un droit exorbitant, peuvent aisément recevoir atteinte, & se revoquer du consentement de celuy à qui on avoit permis de les stipuler prématurément : Aussi il ne se voit point d'Arrests, qui dans la Coutume de Paris & ses semblables, ayent réduit des filles ainsi appellées, sur le pied de simples legataires, & toutes les maximes sur lesquelles le droit de rappels est fondé, concourent à l'établissement de nostre opinion. Car dans l'opinion contraire, l'on ne donne pas la même force au distrait qu'au contrat, & il seroit inutile de dire, que les choses se resoudent par les mêmes voyes, qu'elles se forment, si la stipulation du pere & de la fille excluant celle-cy de la succession future, & luy ostant la qualité d'heritiere, une stipulation contraire ne la rappelloit pas absolument à la succession, & ne luy rendoit pas cette qualité. Enfin, le rappel est une espece de restitution au droit naturel, c'est *plena restitutio natalium*, comme on dit en matiere de legitimation, & c'est pour cela que dans les Coutumes où il est dit que l'institution contractuelle empêche d'aliener si une fille renonce, ou est excluse par son mariage, & qu'ensuite son frere ait esté marié comme seul heritier, cette institution n'empêche pas que le pere ne rappelle la fille, parce que le rappel a même un effet retroactif. D'ailleurs, les parens de la brû l'ont dû prévoir, parce qu'il estoit naturel, comme a remarqué Maistre Charles du Molin, sur l'art. 245. de la Coutume d'Anjou. Que s'il a esté jugé, que dans les Coutumes qui excluent la representation en collaterale, quand le rappel ne se fait que *intra terminos juris*, c'est-à-dire, quand un oncle rappelle ses neveux, pour succeder avec ses freres, il n'a pas seulement lieu par forme de legs, mais donne le droit au rappellé de succeder par souches avec ses oncles, quoique la Coutume n'admette pas les institutions d'heritier, ce qui a esté ainsi jugé pour la Coutume de Senlis, par Arrest prononcé en robes rouges, le 23. Decembre 1614. & rapporté dans Monsieur Bouguier, lettre S. nomb. 13. Enfin, si celuy qui rappelle son neveu contre la disposition de la Coutume, ne laisse pas d'en faire un heritier; à plus forte raison, celuy qui rappelle sa fille qui avoit renoncé à sa succession.

Que le rappel est une espece de restitution au droit naturel.

54. Si la fille rappellée est reputée saisie. Maistre Charles du Molin qui a fait d'admirables Notes sur cette matiere, a estimé que quand le rappel se fait *intra terminos juris*, le rappellé doit estre reputé saisi de sa part afferante en la succession, disant sur l'art. 6. de la Coutume locale de Lepuroux & Bonge, que ceux qui sont rappellez *extra terminos juris*, viennent seulement à titre de legs, & ne sont point heritiers, ni saisis. *Veniunt jure legati tantum, non veniunt ut heredes, nec sunt saisiti*: d'où l'on peut conclure, que quand le rappel se fait *intra terminos juris*, le rappellé est heritier & est saisi, & par consequent que le rappel d'une fille produit le même effet. Aussi quand l'Arrest qui vient d'estre rapporté, a jugé que le neveu rappellé est heritier, il ne l'a pas declaré heritier testamentaire : car l'institution d'heritier n'a point lieu dans la Coutume de Senlis, art. 165. ainsi il l'a declaré heritier *ab intestat*, & par consequent saisi. Il en faut dire autant de la fille rappellée, & qu'elle est saisie, quoiqu'au moyen du rappel, qui approche plus, en ce cas, du distrait que de la donation : c'est le sentiment de Tiraqueau, en son Traité sur la maxime *le mort saisit le vif*, 8. decl. 2. part. nomb. 2. & 4. où il dit, *non tam succedit ex testamento, quam ab intestato, remoto scilicet per id testamentum, atque sublato impedimento, quod ei ad successionem oberat.*

55. Du rappel pour un certain genre de biens. Le rappel se peut faire pour un certain genre de biens, ou pour une certaine somme. Que si les autres freres & sœurs venoient à prédeceder sans enfans, ou s'ils renonçoient à la succession, la fille rappellée pour un genre de biens, ou pour une somme de deniers, ne laisseroit pas de profiter seule de la succession au préjudice des collateraux, parce que la limitation du rappel n'auroit esté faite qu'au profit des freres & sœurs, & non en faveur des collateraux des pere & mere : Aussi l'on voit dans le Droit que quand on instituoit quelqu'un pour une chose certaine, comme pour un certain fond, la renonciation des heritiers instituez purement & simplement, luy profitoit, & que lorsqu'on n'instituoit que deux personnes chacune pour une certaine chose, sans se faire d'autres heritiers, cette institution passoit pour un prélegs, & au surplus elles estoient reputées heritieres universelles, *L. 9. §. 13. L. 10. & 11. ff. de hered. instit. L. ex facto 35. eodem.* Neanmoins dans nostre espece la renonçante, qui est ainsi rappellée pour une chose certaine, ne peut venir qu'aprés le decés du dernier de ses freres, ou aprés qu'ils ont tous renoncé, mais elle viendra comme heritiere immediate du pere, sans devoir aucun relief pour les fiefs, parce qu'estant naturellement heritiere universelle, elle n'avoit esté reduite à un certain genre de biens, ou à une somme certaine, qu'en faveur de ses freres, lesquels ayant renoncé, ou estant decedez avant le pere, luy donnent lieu de succeder seule par un droit de non décroissement.

Au reste, quelques Docteurs Ultramontains ont porté si loin la faveur du rappel, qu'ils ont crû indéfiniment, que déslors que le pere avoit legué quelque chose à sa fille, il estoit censé l'avoir rappellée, & l'avoir relevée de sa renonciation, au moins à l'effet qu'elle pût demander sa legitime, & c'est l'avis de Robertus Marantha, disput. 10. nomb. 26. Mais comme cette opinion n'estoit fondée que sur ce qu'ils ne regardoient les renonciations à successions futures, que du costé du serment dont ils disoient que la moindre volonté du pere dégageoit la renonçante, & que cette formule des renonciations est abolie parmy nous, c'est à juste titre que l'on a rejetté cette ouverture.

56. Que le rappel est toûjours revocable. Enfin, il est constant que le rappel est toûjours revocable, soit qu'il soit fait pour suppléer au défaut de la representation, soit pour servir de remede à une renonciation. Aussi Maistre Charles du Molin conclut sa Note sur l'art. 139. de la Coutume de Blois, en disant : *Et etiam hac de-*

image
not
available

aux successions de ses pere & mere, sauf loyale échoite, ne renonce qu'au supplément de legitime, en cas que les pere & mere ayent disposé, se reservant de venir à leur succession *ab intestat*, quel effet donnera-t-on à cette clause en cas que la fille ait aussi renoncé aux successions collaterales, le tout sauf loyale échoite : car dira-t-on qu'elle ait renoncé au supplément de legitime dans la succession de ses freres & sœurs, où elle n'a droit d'attaquer les dispositions testamentaires, que dans le seul cas qu'ils ont institué une personne infame ? Et dans la seconde opinion, à proprement parler, l'on ne donne aucun effet à la clause, *sauf loyale échoite*. Car sans l'avoir exprimée, une fille qui a renoncé aux successions de ses pere & mere, y vient aprés le decés de ses freres & sœurs, & celle qui a renoncé aussi aux successions collaterales, y vient aprés le decés du dernier de ses freres & sœurs, & de leurs descendans.

Ce n'est pas que cet inconvenient dût faire rejetter cette seconde opinion, s'il n'y avoit point du tout d'autre explication à donner à cette clause, que les deux qui viennent d'estre rapportées ; ce terme *sauf loyale échoite* pouvant bien avoir esté un terme de l'art des Tabellions. Car ces Officiers ; (je parle de ceux de l'ancien temps,) souvent n'ayant pas de termes suffisans pour les choses qui demandoient une stipulation précise, n'en avoient que trop pour celles qui estoient acquises de plein droit aux Parties, parce qu'en dressant leurs contrats ils suivoient par préference à tout, leur routine & leur propre imagination, ils ne s'attachoient au droit & à la justice, qu'à proportion de ce qu'ils en pouvoient sçavoir, & negligeoient au surplus de penetrer les veritables intentions des Parties : ensorte que l'on pouvoit appliquer aux Notaires des derniers siecles, ce que le Poëte a dit de la Renommée,

Pariter facta, atque infecta, canebat.

L'on pourroit dire neanmoins, qu'à la verité cette clause n'a pas beaucoup d'effet, quand elle n'est apposée qu'aprés une renonciation aux successions directes, si ce n'est dans les Coutumes où les filles dotées sont excluses tant des successions collaterales, que des directes, mais qu'elle en peut avoir neanmoins, le pere pouvant mourir avant l'ayeul, auquel cas la succession de l'ayeul, à laquelle le pere en mariant sa fille ne l'a pû faire renoncer, est une loyale échoite à la petite-fille : car il faut observer icy que ce mot d'*échoite*, ne signifie autre chose que succession, selon Monsieur Cujas en ses observations, livre 5. chap. 10. où il dit, *Galli quoque hereditatem vocant échoite, quasi forte obtigerit :* Aussi la Coutume de Bourbonnois art. 202. use du mot *échoiter*, pour dire *succeder*, selon l'interpretation de Maistre Charles du Molin en sa Note sur cet article. De même, quand cette clause est apposée ensuite d'une renonciation aux successions collaterales, elle se peut appliquer aux successions collaterales des oncles, ou de leurs descendans, ausquelles le pere ne pourroit pas faire renoncer valablement sa fille mineure, & ausquelles il ne feroit pas renoncer sa fille majeure, sans expliquer la renonciation, & l'étendre jusques à toutes les successions collaterales, de quelque costé qu'elles puissent venir : ce qui demanderoit le consentement des autres collateraux : car le pouvoir du pere ne s'étend que sur sa succession & celle de ses enfans. Ce n'est pas que sans cette reserve, la fille viendroit toûjours à la succession de l'ayeul & de ces autres collateraux, mais la clause en semble plus supportable.

L'on pourroit demander à present si la fille ayant renoncé aux successions de ses pere & mere, & à celles de ses collateraux, ou à toutes successions directes & collaterales, elle & ses descendans sont exclus des successions de tous les descendans du pere & de la mere, jusques à l'infini : ensorte que 200. ans aprés une renonciation, l'on puisse exclure les descendans d'une fille, d'une succession collaterale d'un des descendans du pere ou de la mere, qui ont stipulé pareille renonciation, ce qui est d'une consequence infinie. Cependant il n'y a pas de Loy qui ait apporté aucun temperamment au trop grand effet de ces renonciations, & ce n'est pas à nous à faire de pareils établissemens : car quelle apparence d'appliquer icy, de nous-mêmes, la disposition particuliere de la Coutume de Bourbonnois article 305. qui limite cela aux termes de representation ? 61. Si l'effet des renonciations est infini.

Ne dira-t-on point aussi que la fille qui renonce ne s'exclut qu'elle seule, & ses enfans qui sont ses heritiers, ou qui la representent, mais qu'elle n'exclut point ses descendans dans les cas qu'ils ne sont point ses heritiers, & qu'ils ne la representent point non plus, & que, par exemple, les enfans de la renonçante n'estant point ses heritiers, ne seroient point exclus de succeder aux enfans des freres de la renonçante, qui sont leurs cousins germains, parce que d'un costé ils sont supposez n'estre pas les heritiers de leur mere, & par consequent ne point profiter du prix de la renonciation qu'elle a faite à toutes successions directes & collaterales, d'autre costé ils viennent à la succession de leurs cousins germains de leur chef, & non par l'effet d'aucune representation, & cette ouverture a quelque vray-semblance : cependant, outre que ce ne seroit pas donner des bornes trop étroites à l'effet de nos renonciations : car souvent en plusieurs generations il n'arrivera pas une fois que tous les enfans renoncent ensemble, cette ouverture a ses inconveniens : car les renonciations ordinairement ne sont pas gratuites, que si l'on admettoit les descendans de la renonçante, qui ne seroient point ses heritiers, aux successions collaterales, ausquelles il semble qu'elle a renoncé pour elle & pour sa branche, l'on éluderoit par cette voye la promesse qu'elle a faite, & non-seulement une même branche auroit un double profit, le prix de la renonciation, & sa part dans la succession, mais encore il pourroit arriver que les biens délaissez à la renonçante pour le prix de sa renonciation, ayant esté par elle donnez à l'un de ses enfans, au moyen de laquelle donation, il renonceroit luy-même à sa succession, au cas qu'il fût admis aprés cela à la succession de ce cousin germain, il auroit tout ensemble le prix de la renonciation, & la succession à laquelle la renonciation a esté faite, au moins pour sa part afferante. Que si l'on approuvoit que les enfans de la renonçante qui ne sont pas ses heritiers directement, ni indirectement, pussent estre admis, ce que je n'estime pas que l'on doive faire, il n'en faudroit pas exclure les mêmes enfans dans le seul cas de la representation, car cette representation ne les rend pas heritiers, quand ils renoncent, & ne fait pas par consequent qu'ils ayent ce double profit dont nous venons de parler : elle ne fait au contraire que les hausser d'un degré, *in locum patris succedere*, dit la Novelle 118. Chapitre 1. Ainsi cette ouverture doit estre rejettée de toute maniere.

Peut-être que quelqu'un dira qu'il est à propos de s'attacher à la Coutume de Bourbonnois.

image
not
available

offrent de rapporter le prix de la renonciation de leur mere. Il y en a un Arrest du 21. Avril 1564. rendu contre un nommé d'Amourettes, & rapporté par Maistre Charles du Molin sur l'art. 19. du tit. 33. de de la Coutume de Berry. Un autre du 5. Avril 1569. dans Monsieur Loüet R. nomb. 17. & celuy-cy est dans le cas de petits-fils, qui prétendoient venir de leur chef, & sans representation, & qui n'estoient qu'heritiers beneficiaires de leur mere. Enfin dans l'espece de cet Arrest, au rapport de Maistre Julien Brodeau, il y avoit des biens situez, tant dans le païs de Droit écrit, que dans le païs Coutumier. Il y en a un autre de l'an 1593. qui est le 79. des Arrests de Monthelon, dans l'espece duquel les enfans avoient renoncé à la succession de leur mere, & ne laisserent pas d'estre exclus de celle de l'ayeul, à laquelle leur mere avoit renoncé. Plus, un de la prononciation de la Pentecoste 1583. un du 24. Mars 1651. rapporté par du Fresne, livre 6. chapitre 3. sur la fin, dans l'espece duquel les petits enfans vouloient venir avec leurs oncles, & par consequent par representation de leur mere qui avoit renoncé, ☞ un du mois de Juin 1594. rapporté par Peleus livre 4. act. 57.]

63. Si une fille du premier lit est censée avoir voulu renoncer au profit des enfans d'un autre lit. Nous avons expliqué jusques à present le premier effet des renonciations contractuelles, qui est d'exclure le renonçant de la succession, il faut examiner à present le second effet, qui est qu'elles doivent profiter à quelqu'un lors de l'échéance des successions, ausquelles la fille a renoncé.

La premiere question qui se presente sur ce sujet, est de sçavoir si une fille ayant renoncé *aliquo dato*, dans son contrat de mariage, qui a esté fait du vivant de ses pere & mere, & en un temps qu'elle avoit des freres germains, sans exprimer en faveur de qui elle renonçoit, est reputée avoir renoncé tant au profit de ses freres d'un second mariage contracté depuis par son pere, ou par sa mere, que de ses freres germains?

Il ne faut point dire pour trancher cette question, que la renonciation qui n'est dirigée au profit de personne, est censée faite au profit des pere & mere, & de leurs heritiers; car cette proposition est si peu veritable, que si une fille avant des freres lors de sa renonciation, se trouve seule d'enfans lors de l'ouverture des successions des pere & mere, elle succedera indubitablement, nnonobstant sa renonciation; parce que les renonciations à successions futures n'ont esté admises dans nostre Droit qu'en faveur des enfans mâles, & pour le soutien du nom & de la famille; & non point en faveur des pere & mere, ni de leurs heritiers collateraux. ☞ Et c'est pour cela qu'elles ne sont point admises dans les Coutumes d'égalité précise, comme en Anjou entre roturiers, suivant ce qui a esté jugé par l'Arrest du penultiéme Fevrier 1556. rapporté par Monsieur Loüet, en la lettre R. nomb. 17.] Donc pour traiter cette question comme un veritable point de nostre Droit, il semble que si c'est la mere qui s'est remariée depuis la renonciation, elle ne doit point estre présumée faite au profit des enfans mâles du second lit, parce qu'ils paroissent estre d'une autre famille & portent un nom étranger: ainsi ces freres uterins n'ont point pour eux le principal motif qui a fait admettre les renonciations, qui est la faveur du nom & de la famille, qui ne se soutiennent que par les freres germains ou consangnins; ce qui a lieu à plus forte raison, si la fille a renoncé en un temps auquel le mariage de ses pere & mere subsistoit encore.

Resolution pour la negative.

Et pour me déterminer sur cette question, j'espere que si on la reduit aux circonstances qui viennent d'estre proposées d'une fille qui a renoncé du vivant de son pere, & ayant lors des freres germains, l'on doit soutenir, que la renonciation de la fille aux biens de la mere, ne doit profiter qu'aux freres germains, parce qu'encore qu'en ces matieres on donne un pouvoir exorbitant au pere & à la mere, jusques à stipuler des renonciations aux successions collaterales, qui ont effet même pour les biens acquis par les collateraux; neanmoins quand il s'agit de tirer des conjectures sur l'affection du nom & de la famille, qui est le premier mobile de ces renonciations, l'on considere le nom du renonçant, & non point le nom de la mere, à la succession de laquelle se fait la renonciation: ce qui a lieu, tant à l'égard d'une fille, qui renonce à la succession de sa mere, quoiqu'en se mariant elle soit sur le point de changer de nom, qu'à l'égard d'un fils, qui ayant des freres renonce en leur faveur; parce que cette renonciation est ordinairement le conseil du pere, ou quoy qu'il en soit, l'esprit de la famille, qui tend toujours au soutien du nom. De fait la renonciation ne profite jamais aux collateraux du pere & de la mere, mais bien aux collateraux du renonçant, ce qui marque qu'elle n'est fondée que sur la consideration du nom & de la famille de celuy qui renonce, ce que je trouve expressément décidé dans l'article 307. de la Coutume de Bourbonnois, qui porte, que *la renonciation de la fille n'est reputée faite, qu'au profit des freres germains.* A quoy il faut ajoûter deux exemples tirez de la matiere des doüaires, & de celle des secondes nôces, qui servent à faire voir combien un premier mari & les enfans d'un premier lit, sont éloignez de vouloir profiter à un second lit, & que la Loy reçoit peu cette présomption. L'on a demandé, par exemple, si un fils d'un premier lit ayant acquis quelques immeubles, & décedant sans enfans, & laissant son pere pour heritier mobilier, cette succession augmentoit le doüaire de la seconde femme du pere, comme luy estant échuë en ligne directe. Les termes de la plûpart des Coutumes sont indéfinis là-dessus, comme la clause de la renonciation l'est icy. Ils portent que le doüaire est composé en partie de ce qui arrive au mari en ligne directe, sans distinguer si c'est en ligne directe ascendante, ou descendante; cependant on a consideré que rien n'étoit plus contraire aux vœux du fils du premier lit, que d'augmenter par son travail le doüaire de sa belle-mere, & que les enfans s'affligeroient de leur prosperité & de leur bonne fortune, s'ils prévoyoient que les fruits en dûssent estre recueillis par une belle-mere; ainsi l'on a décidé que les immeubles acquis par le fils ne devoient point augmenter le doüaire de la belle-mere. De même, le Droit & l'Edit des secondes nôces, n'ont-ils pas obligé la mere de reserver aux enfans du premier lit les liberalitez qu'elle a receuës de son premier mari, jugeant que ce premier mari n'auroit jamais donné, s'il eût crû que ses liberalitez eussent dû profiter à un second lit de sa femme?

Que si l'on objecte icy la generalité de la renonciation, qui semble regarder les freres, tant du second, que du premier lit, comme il est dit en la Loy *Placet ff. de lib. & posth.* que celuy qui par son testament institue ses enfans ses heritiers, est présumé avoir voulu parler tant des enfans de son second, que de ceux de son premier 64. Réponse aux objections

image
not
available

cé, qu'en rapportant ce qui luy auroit esté donné. Ensorte que le profit de l'aîné, ou des mâles, quand la renonciation les concerne tous, ne consiste que dans l'excedant dans la part afferante de la fille audelà de ce qui luy avoit esté donné en mariage pour le prix de sa renonciation. En effet, soit que le profit de la renonciation se considere en la personne du frere aîné, ou des mâles en general, comme venant de la sœur, ou comme un bienfait du pere qui a stipulé la renonciation; l'aîné qui en profite doit rapporter le prix de la renonciation de sa sœur: car s'il tient d'elle cet émolument, il la represente absolument dans la succession: Aussi nous allons dire incontinent que si cette fille meurt avant celuy, à la succession duquel elle a renoncé, le frere qui la represente & qui est subrogé en ses droits, regulierement ne profite point de sa renonciation: Que si ce profit se considere en sa personne comme un bienfait du pere, il est encore obligé au rapport. C'est la disposition de l'article 247. de la Coutume d'Anjou, ce qui n'a lieu dans cette Coutume, qu'au cas que le don fait à la fille soit en heritage: car s'il est en meubles, l'aîné qui est heritier des meubles par préciput, ne les rapporte pas. C'est aussi celle de l'article 31. du titre des successions de la Coutume d'Auvergne, sur quoy il faut voir Chopin en sa Coutume d'Anjou livre 3. titre 1. chapitre 1. nomb. 7. Monsieur Bouguier en sa lettre R. nomb. 2. rapporte neanmoins un Arrest du 2. Juin 1607. qui a jugé, qu'en ce cas l'aîné n'estoit point obligé de rapporter, ni de précompter le prix de la renonciation faite en sa faveur; mais le motif de cet Arrest fut, que cet avantage de l'aîné, & le profit qu'il tiroit seul de la renonciation, fut consideré comme une disposition du pere dans la Coutume de Poitou, où il est permis d'avantager un enfant en meubles & acquests, l'article 272. ne défendant de l'avantager qu'en heritages propres. Aussi Monsieur Bouguier ajoûte, *qu'il en faudroit juger autrement dans la Coutume de Paris.*

☞ Quelques-uns ont poussé la difficulté plus loin, & ont prétendu que l'aîné devoit rapporter toute la part de la renonçante comme un avantage qui luy est fait par le pere qui a stipulé cette renonciation en sa faveur, sans qu'il ait rien contribué du sien pour l'obtenir, & que cela devoit aneantir les renonciations en faveur, parce qu'elles devoient profiter également à tous les freres & sœurs. Ils se sont portez à cela par la consideration de l'égalité, ainsi ils ont limité leur opinion pour les Coutumes d'égalité, comme Paris. Bacquet du Droit d'Aubeine ch. 21. nomb. 18. en rapporte un Arrest du 14. Avril 1556. rendu contre Charles d'Aunay, sieur de Ville-neuve la Guiarche, au profit duquel le pere avoit fait renoncer deux de ses sœurs, dont il fut jugé que les parts & portions estoient accruës à toute la succession.

Cette opinion tend à ruiner l'établissement des renonciations à successions futures qu'on a fondé principalement sur la faveur des mâles, la raison d'égalité sur laquelle elle est précisément appuyée n'a lieu que pour les Coutumes d'égalité précise, non pour les Coutumes qui sont simplement d'égalité; c'est pourquoy on observe ces renonciations en Anjou à l'égard des Nobles; & on les rejette pour les Roturiers, Monsieur Loüet lett. R. nomb. 17. De même elles sont inviolablement gardées à Paris, même dans les familles ordinaires, où la faveur des mâles ne laisse pas de se considerer: ensorte que par une consequence necessaire on y observe aussi les renonciations en faveur. En effet, si on ne pouvoit pas gratifier l'aîné, ou les mâles par ces sortes de renonciations, & si l'interest de l'égalité y faisoit obstacle, il faudroit aussi abolir l'usage des renonciations simples, pour ne pas faire à la renonçante même, le tort & le préjudice, que dans cette opinion on veut épargner aux autres enfans.

L'on va jusque-là dans quelques Coutumes d'exclusion, comme celle de Bourbonnois, que les mâles ne rapportent point le prix de la renonciation ou de l'exclusion de leurs sœurs dont ils profitent seuls; la raison qu'on en apporte, est que les mâles viennent aux parts & portions de leurs sœurs excluses ou renonçantes *jure suo*, & non *jure transmisso*; ils y viennent comme estant appellez par la Loy, ou par la convention en qualité de mâles, de même que dans la Coutume de Melun un aîné mourant avant partage, le second fils succede au droit d'aînesse, non par transmission, puisque souvent il n'est point heritier de son aîné, ni par representation, puisqu'il n'y a que les descendans qui representent, mais *jure suo*, & comme subrogé par la Loy en la place de son aîné.

Toutes ces questions sont jugées conformément à ce qui vient d'estre établi par un Arrest du 2. Juin 1607. rendu au profit de Gilles d'Argenton seul heritier de Charles son frere aîné, au profit duquel ses trois sœurs avoient renoncé, contre le Baron de Montrotier, qui avoit épousé une sœur qui n'avoit pas esté mariée par le pere, lequel est dans Monsieur Bouguier, lettre R. nomb. 2. & dans Chenu qu. 199. Car cet Arrest jugea que non seulement la renonciation en faveur devoit s'executer sans rapport des parts des renonçantes, mais même sans rapport du prix de la renonciation. Aussi il fut rendu pour la Coutume de Poitou qui estoit Coutume d'exclusion.]

Nous venons de dire en passant, que la renonçante decedant avant le pere, regulierement l'aîné ou les autres freres, au profit de qui elle avoit renoncé, ne profitoient point de sa part afferante, ce qui permet quelque exception: aussi y en a-t-il une bien effective. Car à l'égard de la subrogation de l'aîné, il faut distinguer entre celle qui se fait par la disposition de la Loy qu'on doit appeller legale: car il y a plusieurs de nos Coutumes qui subrogent l'aîné en la place de la renonçante, ou de la fille dotée, ou de celle qui a fait profession en Religion: comme celle d'Anjou, articles 247. & 248. & celle qui dépend du choix de la fille, qu'on peut appeller conventionnelle: dans la legale le fils aîné profite de la part de la renonçante, ou de celle qui est excluse par sa dotation, ou par sa profession en Religion, quoiqu'elle decede avant les pere & mere: parce que la Coutume ayant une fois transmis cette part à l'aîné, l'effet de cette transmission est certain, & la fille est reputée vivre en la personne de son frere, ce qui s'observe ainsi dans le ressort de la Coutume d'Anjou; mais il semble qu'il n'en est pas de même de la subrogation conventionnelle. ☞ Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. ch. 1. tit. 1. num. 16. du Pineau sur les articles qui viennent d'estre citez. Mais il y a lieu de douter si la fille aînée a cette subrogation en Anjou, l'art. 248. ne parle d'abord que du fils aîné, quoiqu'ensuite en exceptant la Châtellenie de Mirebeau, où cette subrogation n'a point lieu du tout, il dit qu'elle n'appartient en cette Châtellenie ni au fils aîné, ni à la fille aînée; ce qui marque qu'il présuppose que dans le Droit commun d'Anjou, elle appartient à la fille aînée, Maistre René Chopin est de cet avis, mais du Pineau est contraire sur cet article, & répond aux Arrests alleguez

71. Si la renonçante meurt avant la succession échûe, l'aîné ne profite de rien, à moins que la Coutume même ne le subroge.

image
not
available

rien de certain dans les Constitutions dotales, dont la certitude neanmoins, que l'on a présupposée jusques à present, a fait passer sur l'irregularité des renonciations à successions futures, qu'il s'ensuivroit que toute dot que l'on constitueroit à une fille pour le prix de la recompense de sa renonciation aux successions de sa famille, auroit cette condition tacite, *sauf la legitime des autres enfans*, & bien loin d'assurer quelque chose de present à la renonçante, ce seroit remettre la fixation du prix de sa renonciation au temps de la mort des pere & mere, jusques auquel elle n'auroit rien de reglé: ce qui rendroit toutes les renonciations à successions futures absolument nulles; parce que non seulement la fixation, mais même le simple payement du prix, n'en doit jamais estre remis aprés le decés des pere & mere, sous peine de nullité. D'ailleurs, quelle injustice cela ne produiroit-il pas; puisque quelque lesion que souffre une fille dans une renonciation, elle n'en peut jamais estre relevée, non pas même à l'effet d'obtenir le supplément de sa legitime, & que cependant si sa constitution dotale luy estoit avantageuse, elle seroit sujette à la legitime des autres enfans. Enfin, sera-t-il permis aux collateraux de la renonçante de la troubler dans la possession de sa dot, & de resilir d'une convention, qui auroit esté le titre de leur défense, si elle avoit prétendu venir à partage? Il y auroit même quelque chose d'impossible, ou au moins d'extrémement difficile dans l'execution, de distinguer dans la constitution dotale de la renonçante, ce qui luy tiendroit lieu de la succession du pere qui peut estre moins considerable, & ce qui luy tiendroit lieu de celle de la mere, mais principalement ce qui seroit le prix de la renonciation aux successions collaterales, laquelle a de grandes suites.

Raisons contre la renonçante, & pour les legitimaires.

L'on dit d'autre part, que la fille doit rapporter le prix de sa renonciation pour contribuer à la legitime de ses freres, & c'est l'opinion qui me paroist la plus probable; parce qu'il n'y a rien qui soit préferable à la legitime. Autrement il seroit aisé à un pere d'avantager sa fille au préjudice de la legitime de ses autres enfans, sous prétexte qu'en luy donnant la meilleure partie de son bien par contrat de mariage, il auroit encore assez d'hardiesse pour la faire renoncer à sa succession future, ce qui arrive souvent à Paris, & quelquefois au préjudice, non des legitimaires, mais des creanciers legitimes. Et ce qui est de plus important, ces renonciations se détruiroient elles-mêmes: car il est constant qu'elles ne sont principalement reçûës qu'en faveur des mâles: cependant elles serviroient à ruïner les mâles, & à les priver de leur legitime, & à plus forte raison de leurs droits & prérogatives d'aînesse. Ainsi pour les executer on détruiroit l'objet unique qui les a fait admettre. Que si l'on suppose que dans d'autres cas où il n'y auroit point de fraude, la renonçante auroit sujet d'opposer qu'elle auroit traité avec son pere, stipulant en cela, pour toute sa famille, d'un évenement incertain, & qu'au moyen de ce traité, si la succession du pere eust esté opulente, elle eust esté exclusé même d'y demander sa legitime; parce que ses freres n'auroient pas manqué de se servir de la fin de non recevoir, *& sic contrarium postulaturus*, si les chôses avoient tourné autrement, comme dit la Loy pénultiéme *C. de solut.* Je réponds qu'aussi il n'est pas vray indistinctement qu'il n'y ait point de retour à la legitime, pour une fille qui a renoncé, puisqu'il a esté établi cy-dessus nomb. 31. qu'elle pouvoit estre restituée pour demander le supplément de sa legitime, lorsque eu égard aux biens que le pere possédoit au temps de sa renonciation, elle a eu une dot si peu considerable, qu'elle pouvoit plûtost passer pour une exheredation, que pour une dot, & pourvû qu'il se trouvât encore quelques autres circonstances qui fussent des marques visibles d'une exheredation actuelle: C'est pourquoy l'on peut soûtenir, que si, eu égard à ce même temps de la constitution dotale, & de la renonciation, mais principalement eu égard au temps du decés du pere, la dot estoit si exorbitante, que non seulement elle excedât la portion hereditaire, mais qu'elle fist préjudice à la legitime des autres enfans, il y auroit lieu de retrancher la dot pour la legitime, afin que si dans un cas, qui neanmoins arrive fort rarement aux termes de ce que nous avons dit au même nomb. 31. la fille peut estre relevée pour partager avec ses freres, dans le cas contraire, ses freres puissent aussi donner atteinte à sa donation, & par ce moyen l'on rendra inutile la fraude d'un pere, qui pour couvrir sa prédilection, en faisant une donation immense à sa fille, auroit stipulé d'elle une renonciation à sa succession future.

Il faut encore aller plus loin, & dire que quand la dot, qui seroit le prix d'une renonciation à succession future, n'auroit pas esté excessive lors de sa constitution, il suffit que dans l'évenement elle blesse la legitime des autres enfans, eu égard aux biens que le pere a laissez lors de son decés; parce que toute donation faite par un pere contient une reserve tacite de la legitime de ses enfans: aussi-bien celles qui sont le prix d'une renonciation, que les autres; aussi bien celles qui sont faites aux enfans, que celles qui sont faites aux étrangers. Et il ne faut point argumenter d'un établissement qui est fait en faveur des mâles, qu'il n'y a point de retour à la legitime pour la fille qui a une fois renoncé, à un établissement qui auroit lieu contre les mâles, & qui iroit à les priver eux-mêmes de leur legitime. Si la renonciation de la fille peut la faire priver de sa legitime en faveur des mâles, elle ne doit pas faire priver les mâles de leur legitime en sa faveur.

Cette raison répond à toutes les objections de l'opinion contraire, & les temperammens mêmes que ceux qui la soûtiennent y ont voulu apporter, en disant tantost qu'il falloit attendre aprés le decés du mari de la renonçante pour retrancher la dot, tantost qu'il falloit estimer les biens que le pere avoit lors de la constitution dotale, pour voir si dés ce temps elle estoit inofficieuse; parce que les titres *de inoffi. donat.* & *de inoff. dot.* & la Novelle 92. supposant que le pere avoit épuisé ses biens dans des constitutions dotales, marquent qu'il y a lieu pour fixer tant de divers sentimens, d'établir une regle generale en faveur de la legitime. Aussi je vois, que plusieurs Cours Souveraines ont jugé, en ce cas, pour le retranchement de la dot, quoiqu'elles l'ayent quelquefois remis aprés la mort du mari. Monsieur d'Olive, liv. 3. chap. 21. en rapporte des Arrests du Parlement de Toulouse, & cite Matth. *de Affl. decis. 86.* qui en rapporte aussi du Senat de Naples. Enfin, le même Auteur dit, que cela a esté ainsi jugé en la Chambre de l'Edit de Castres. Mais il reprouve le temperamment que ces Arrests ont apporté, de remettre l'éviction au temps du decés du mari; parce qu'il a dû prévoir qu'il falloit une legitime à ses beaux-freres, dont la que-

image
not
available

APrés avoir consideré les renonciations aux successions futures dans leurs conditions & dans leurs effets, il faut suivre le même ordre pour les renonciations aux successions échûës.

1 Que pour renoncer il faut estre capable de succeder. La premiere condition des renonciations qui se font à des successions échûës, est que celuy qui renonce soit en état d'accepter la succession, *L. 4. & 18. ff. de adquir. vel amitt. hered. L. 3. de divers. reg. jur.* C'est pourquoy celuy qui a un juste sujet d'ignorer la mort, ne peut pas renoncer, *L. 13. §. 1. & L. 19. ff. de adquir.* l'heritier mediat renonce aussi inutilement.

2. La renonciation doit se faire rebus integris. En second lieu, il est necessaire que les choses soient en leur entier, & que celuy qui renonce n'ait fait aucun acte d'heritier, & à plus forte raison, qu'il ne se soit pas declaré précisément heritier. La declaration & l'acceptation précise ne laissent pas de doute. Mais la difficulté consiste à bien discerner ce qui peut passer pour acte d'heritier. La Loy 20. *ff. de adquir. vel amitt. hered.* définit la chose, en disant, que c'est faire acte d'heritier, que de faire quelque chose qui ne se peut faire sans estre heritier. C'est une définition de Droit, dont on ne laisse pas de tirer beaucoup d'avantage, quand on en fait l'application sur chaque espece qui se presente, pour sçavoir si quelqu'un a fait acte d'heritier. Les exemples serviront aussi à éclaircir la matiere.

3. Si un fils qui prend soin de la sepulture de son pere, fait acte d'heritier. L'on demande si un fils qui a soin des funerailles de son pere, fait acte d'heritier? Et il faut dire, que non; puisque c'est un devoir de pieté naturelle, & que ce seroit contrister les manes du défunt, que de se rapporter de cet office à des mains étrangeres. Cornelie ayant perdu le grand Pompée, renouvella sa douleur à l'aspect d'un bucher, qu'un simple soldat avoit allumé pour appaiser les manes de ce grand homme, & le Droit a toûjours applaudi aux parens qui s'acquittent eux mêmes de cet office de pieté, sans qu'en aucun cas la Loy l'ait tiré à consequence contre l'heritier: elle le permet même à un fils naturel, & à un legitime qui a fait Profession en Religion. Aussi un testateur ayant institué un heritier sous cette condition, qu'aprés sa mort il jetteroit son corps dans la mer, & l'heritier au contraire, avant eu soin de sa sepulture, & luy ayant même dressé un superbe mausolée, la Loy 27. *ff. de condition. institut.* a décidé que bien loin que l'heritier dût estre privé de la succession, au contraire il estoit digne de loüanges, pour avoir honoré les restes de son bien-facteur, & leur avoir donné une sepulture plus digne que celle qu'il avoit demandée par son testament. Aussi le fils qui renonce ne repete pas la dépense qu'il fait pour cet office de pieté, s'il ne proteste expressément de la repeter; & il ne luy suffit pas de protester, qu'il ne fait point les frais funeraires comme heritier, il doit protester précisément de les repeter: autrement on s'en tient au motif dont il s'explique luy-même, & l'on présume que par pieté naturelle, il a voulu faire cette dépense, *L. 14. §. 7. ff. de relig. & sumpt. fun.* Nous avons neanmoins une Coutume qui prend cette dépense pour un acte d'heritier, si elle n'est accompagnée de protestation, c'est la Coutume de Nivernois, art. 26. du titre des Success. & cette disposition est bien dure. Aussi Maistre Guy Coquille y a voulu apporter un temperamment, que l'article se doit entendre en cas que l'heritier présomptif, sans permission du Juge, prenne des effets de la succes-

image
not
available

fait acte d'heritier pour mettre sur une promesse, *cedule à recouvrer.*

niéce aprés la mort de son oncle transige avec ses cousins germains, & se desiste de tous les droits qu'elle auroit pû prétendre du chef de son oncle, sur une moitié de la Terre d'Archambault, qui composoit presque toute la succession de cet oncle, stipulant que la moitié qu'elle avoit dans cette Terre du chef de son pere, seroit déchargée de toute sorte d'hypoteques du chef de son oncle. D'ailleurs, il se verifie qu'elle avoit écrit ces mots sur une cedule qui estoit de la succession de son oncle, *cedule de mon oncle à recouvrer :* d'où les creanciers prétendoient inferer qu'elle avoit fait acte d'heritiere, & qu'elle estoit tenuë du payement des dettes; mais comme on jugea que cela s'estoit pû faire sans aucun dessein formé d'accepter la succession, la niéce fut déchargée de la demande par Arrest rendu en la Cinquiéme des Enquestes le 6. Octobre 1594. prononcé le 8. lequel est rapporté par Monsieur Loüet en la lettre H. nombre 10.

14. Si les renonciations sont quelquefois des actes d'heritier.

Enfin, l'on doute quelquefois si les renonciations mêmes ne sont pas des actes d'heritier : ce qu'il faut examiner, premierement, à l'égard des renonciations qui sont gratuites, mais qui sont dites estre faites en faveur de quelqu'un, ou qui contiennent une cession au profit de quelqu'un. En second lieu, à l'égard des renonciations qui sont faites moyennant un certain prix & une certaine recompense.

La Loy 6. *De reg. jur.* dit, que l'heritier présomptif qui consent que la succession passe entre les mains d'un autre, n'est pas présupposé vouloir estre heritier, *non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem.* Cependant il semble que cela ne se doit pas entendre indistinctement. Car il y a une difference essentielle entre la cession & la renonciation. Celuy qui cede sa part hereditaire fait acte d'heritier : celuy qui renonce fait un acte tout opposé; mais il faut s'attacher à la substance des choses, plûtost qu'à ce qui est exprimé. Car si quelqu'un renonce à la succession de son pere, au profit de ses freres & sœurs, avec clause de cession & transport, il semble qu'il ne fait que s'abstenir de la succession, & que sa cession n'est en effet qu'une renonciation pure & simple; parce qu'elle n'a que le même effet, ses freres & sœurs profitant également de sa renonciation, & l'un d'entr'eux n'étant pas plus favorisé que l'autre. Il en est de cela comme lorsque par un contrat de mariage on stipule, que la future épouse aura son doüaire, suivant la Coutume : car tel doüaire est plûtost coutumier que préfix. Chassanée rub. 6. §. 4. gl. *si par le pere :* ce que j'appuye d'ailleurs sur un des principes de la matiere; que l'on n'est présumé faire acte d'heritier, que lorsque l'on fait quelque chose, qui présuppose necessairement qu'on est heritier, *L. 20. ff. de adquir. vel amitt. hered.* Or l'effet, de cette renonciation, accompagnée de clauses de cession & de transport, se peut procurer aux enfans par l'un d'eux, sans qu'il soit heritier : & par consequent cette cession n'est point un acte d'heritier.

15. De celuy qui renonce à la succession de son pere au profit de ses freres & sœurs avec cession & transport.

16. Du pere qui dans une Coutume d'égalité renonce au profit de ses enfans à la succession de son frere, & à qui il vient depuis d'autres enfans.

L'on doit dire sur le même fondement, qu'un pere ayant renoncé à la succession d'un sien frere en faveur de ses enfans dans une Coutume, où il n'est pas permis d'avantager un de ses enfans plus que l'autre, & les enfans qu'il avoit alors, s'estant portez heritiers en sa place, quoiqu'il luy vînt depuis cela d'autres enfans, lesquels ne purent prendre part à cette succession, parce qu'ils n'estoient pas au monde au temps du decés de leur oncle; neanmoins la renonciation n'est point reputée un avantage indirect & prohibé par la Coutume, parce que le pere n'a fait que s'abstenir de la succession au profit de ses enfans, qui estoient alors en état de succeder; il ne choisissoit pas entr'eux, puisqu'il laissoit à tous, & il n'estoit point obligé à cet égard de prévoir les enfans à naître. Il renonçoit en faveur avec le même effet, qu'auroit pû avoir une renonciation pure & simple, laquelle n'auroit profité qu'aux enfans déja nez; c'est pourquoy sa renonciation n'est point une cession effective, & elle n'en peut avoir que le nom.

Pour reprendre le fil des especes précedentes. Il n'en seroit pas de même si la cession du fils, qui renonce, estoit faite au profit d'un de ses freres ou d'une de ses sœurs : car, en ce cas, ce seroit un acte d'heritier : toutes les conditions se trouvant icy, qui sont l'échéance de la succession, & une disposition de l'heritier de sa part hereditaire, qui est une veritable donation, laquelle suppose necessairement une acceptation de la succession. Et il paroist assez que cette cession n'a pas l'effet d'une renonciation pure & simple : puisque la renonciation pure & simple auroit profité à tous les freres & sœurs indistinctement; au lieu que cette clause ne favorise & ne gratifie que l'un d'entr'eux. C'est pour cela que Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris, §. 9. gl. 4. nomb. 7. dit, qu'en ce cas, le renonçant qui cede & transporte, fait nombre, pour regler le préciput de l'aîné, c'est-à-dire, sa plus grande portion dans les fiefs, mais la principale difficulté est au cas que la renonciation ne soit point accompagnée d'une clause de cession, & que le renonçant ait declaré qu'il s'abstenoit au profit d'un de ses freres, ou d'une de ses sœurs, car d'un côté il semble que cette renonciation ne suppose point d'acceptation de la succession de la part du renonçant : puisqu'elle ne fait point mention de cession, ce qui s'observe d'ailleurs à l'égard des renonciations aux successions futures, lesquelles, selon Monsieur d'Argentré, sur l'article 225. de la Coutume de Bretagne, glose 3. nomb. 4. quoiqu'elles soient faites au profit d'un aîné, ou des freres par preference aux sœurs, ne passent point pour des actes d'heritier, & n'engagent point la fille qui renonce envers les creanciers de la succession. Outre que nous voyons qu'il est décidé dans le Droit, qu'un mari qui renonce au legs, quoique sa renonciation profite à sa femme, n'est point reputé avoir accepté tacitement, & luy faire ensuite un avantage indirect, *L. 16. §. 13. ff. de donat. inter.*

17. De celuy qui renonce au profit d'un de ses freres avec cession & transport.

18. *Quid* s'il renonce en faveur d'un de ses freres, mais sans cession & transport.

Raisons contre le renonçant.

D'un autre côté, une renonciation à une succession échûë, qui est dirigée en faveur des freres, ou d'une sœur, semble estre une veritable donation, laquelle suppose une acceptation de la succession, & oblige le renonçant à payer les dettes pour sa part & portion, sauf son recours contre celuy au profit de qui il a renoncé. Car, encore un coup, on ne considere point les termes; mais la substance de la renonciation, & quoiqu'elle ne fasse point de mention de cession & transport, elle ne laisse pas d'estre une veritable donation, lorsqu'elle est ainsi dirigée au profit d'un des freres, puisque son effet n'est pas reduit à l'effet ordinaire d'une renonciation pure & simple, qui est de profiter à ceux du même degré, ou du degré suivant; mais qu'il s'étend jusqu'à choisir un d'entr'eux, & luy donner à luy seul, ce qui se devroit partager entre tous les autres. Que s'il est décidé dans le Droit qu'un mari qui

22. Si celuy qui renonce aliquo dato, fait acte d'heritier.

Nous venons de présupposer que celuy qui renonce à une succession échuë moyennant un certain prix, & une certaine recompense, n'estoit point reputé faire acte d'heritier : & la raison de cela, à mon avis, est que nous supposons qu'il ne choisit pas un de ses coheritiers, ou du degré suivant, pour renoncer en sa faveur, & nous supposons encore moins qu'il renonce avec clause de cession & transport de ses droits successifs, il ne dirige pas même sa renonciation au profit de tous ses coheritiers, ou de tout le degré qui est aprés luy, mais son abstention & sa renonciation est pure & simple, ce qui fait une grande difference, car celuy qui choisit un de ses coheritiers pour renoncer en sa faveur, accepte sa portion pour luy en faire donation; à plus forte raison si cette renonciation est accompagnée d'une clause de cession & transport, mais l'abdication & renonciation pure & simple est sans consequence : elle laisse les choses en l'état qu'elles auroient esté, si le renonçant n'avoit jamais vécu, ensorte que ses coheritiers, par un effet retroactif de sa renonciation, sont censez avoir esté seuls saisis de toute la succession.

Le prix que reçoit le renonçant ne le constituë point heritier envers ses coheritiers; cela seroit contraire à leur convention, ni envers les creanciers, puisqu'il ne reçoit pas ce prix pour sa part hereditaire, mais pour renoncer à la succession, & qu'il est indifferent aux creanciers que sa renonciation ait esté gratuite, ou qu'elle ait esté faite moyennant un certain prix, ce qui ne diminuë point leurs hypoteques. C'est même un principe, que l'on n'est point présumé faire acte d'heritier, que quand on fait quelque chose qui présuppose necessairement la qualité d'heritier, *L. pro herede 20. ff. de adquir. vel amitt. hered.* Ainsi la renonciation *aliquo dato*, pouvant passer pour renonciation, & celuy qui la fait n'ayant pas dessein d'estre heritier, il faut juger qu'il ne l'est pas. La Loy *Fuit quaestionis 24. ff. de adquir. vel amitt. hered.* le décide ainsi : car voici ses termes. *Fuit quaestionis an pro herede gerere videatur, qui pretium omittendae hereditatis causa capit, & obtinuit hunc pro herede quidem non gerere, qui ideo accipit ne heres sit, in edictum tamen Praetoris incidere : sive igitur à substituto non heres accepit, sive à legitimo, mortis causa accepisse videtur.* Et c'est une décision formelle : car ce qui est dit sur la fin de cette Loy, que celuy qui renonce ainsi ne peut pas éviter l'Edit du Preteur, regarde l'interest des legataires, envers lesquels le renonçant est tenu, parce qu'il profite à l'occasion de la mort : ce qui s'appelle en Droit *mortis causa capere*, mais ne concerne point les creanciers de la succession. Cela regarde le titre *si quis omissa causa testamenti*; mais cela n'efface pas la décision generale de la Loy, que celuy qui reçoit un prix pour renoncer, ne fait point acte d'heritier. ☞ Aussi Monsieur d'Argentré a esté de cet avis sur l'art. 514. de l'ancienne Coutume de Bretagne, gl. 2. nomb. 3. sous ce seul temperamment qu'il en estoit autrement quand la renonciation estoit conçuë en termes de vente, ou faite avec cession & transport.]

23. Pourquoy la Loy Fuit quaestionis distingue entre les legs & les dettes.

24. Quid si le renonçant a reçû des biens de la succession pour prix de sa renonciation.

La principale difficulté feroit au cas que l'on donnât à cet heritier pour prix de sa renonciation des effets de la succession : ce qui approche plus du partage; mais cela consiste dans les circonstances, l'addition dépendant de l'intention de l'heritier, & estant plûtost *animi, quam facti.* Car s'il ne paroist pas que les parties ont voulu faire un partage sous le titre d'un acte de renonciation, la dérivation de l'effet donné au renonçant est peu importante : puisque dés qu'il y a des heritiers simples, les biens cessent d'estre reputez de la succession; & deviennent le patrimoine des heritiers.

Enfin il ne faut pas que la renonciation se fasse aprés une immixtion : car quand elle seroit gratuite, elle n'empêcheroit pas que celuy qui se seroit immiscé dans les biens du défunt, ne fût heritier; & c'est l'espece de l'Arrest du 1. Fevrier 1658. rapporté par Maistre Claude Henrys, tome 2. liv. 6. quest. 23. rendu au profit du sieur Poncius.

Il n'en est pas de même de celuy qui cede une succession ou sa portion à un étranger : car il fait acte d'heritier, & les creanciers se peuvent adresser directement à luy, & le poursuivre par action personnelle; mais l'on demande si, supposé que le cedant soit un heritier beneficiaire, qui ait transporté ses droits à un étranger moyennant un certain prix, il pourra estre contraint de rapporter ce prix aux creanciers subsidiairement, & au défaut d'autres biens. J'ay vû discuter cette question à l'Audience de relevée de la Grand' Chambre en cette espece. Un particulier heritier par benefice d'inventaire avoit traité de la succession avec un étranger moyennant 10000. livres que le cessionnaire luy avoit donné, en vuë d'une obligation de la somme de 60000. livres, qui estoit entre les effets de la succession; mais depuis, cette obligation ayant esté declarée nulle, le cessionnaire rendit compte & renonça : enfin, il obtint des lettres de récision contre le traité des droits successifs, de l'enterinement desquelles ayant esté debouté par Sentence & par Arrest, l'on prétend qu'il suscita des creanciers, qui demanderent contre son cedant, qu'il eût à rapporter la somme de 10000. livres qu'il avoit touchée pour le prix de son transport. Ils citerent pour appuyer cette demande la Loy 20. §. 4. & la Loy 40. *ff. de adquir. vel amitt. hered.* & la Loy 20. *ff. de petitione hereditatis*, qui décident, que dés que l'heritier présomptif a tiré quelque profit directement ou indirectement, il est obligé envers les creanciers.

25. Si l'heritier beneficiaire, qui cede ses droits, est tenu au défaut d'autres biens de rapporter le prix de la succession aux creanciers.

Raisons pour l'heritier beneficiaire.

Au contraire l'heritier disoit, que cette somme ne provenoit point de la succession, & qu'elle ne diminuoit point le gage & l'hypoteque des creanciers, ausquels il estoit indifferent que la succession fût cedée pour rien, ou pour 10000. livres, qu'il avoit vendu sa qualité, & qu'il profitoit en cela non pas de la succession, mais de la folie de l'acheteur qui avoit traité d'un évenement incertain : & que comme il n'auroit pas pû estre relevé de la cession qu'il auroit soufferte, si le cessionnaire avoit profité avec luy de 10000. livres, ou plus; aussi ayant fait aussi un bon marché, il estoit juste qu'il tournât à son profit, sans pouvoir estre saisi par les creanciers, avec qui il n'avoit point contracté : qu'enfin l'effet naturel du benefice d'inventaire estoit de separer les biens de l'heritier d'avec ceux du défunt : & que par consequent en renonçant à la succession beneficiaire, ou son cessionnaire renonçant pour luy, ils ne devoient rendre compte l'un & l'autre, que de ce qu'ils avoient touché des effets de la succession, sur le pied de l'inventaire. La cause fut appointée par Arrest de l'Audience de relevée, le Vendredy 17. Février 1668. Pour en dire mon avis,

Resolution pour l'heritier.

Il est certain, que l'heritier pur & simple, qui cede ses droits, *aliquo recepto*, à un étranger, fait acte d'heritier, & s'oblige par là personnel-

image
not
available

gante, unus ex filiis qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, respondit se heredem esse: An quasi interrogatoria creditoribus cæteris teneatur: Respondit ab his qui in jure non interrogassent ex responso suo teneri non posse. Mais la réponse à cette Loy est qu'on y suppose un fils émancipé, qui n'estant point heritier par le Droit Civil, avoit d'ailleurs negligé le secours du Préteur, & la possession des biens appellée *unde liberi*: ensorte qu'il n'estoit heritier ni de droit, ni de fait, d'où vient que quand sur l'interrogation faite en Jugement à la Requeste du Procureur du Fisc, il avoit répondu contre la verité, qu'il estoit heritier, il ne devoit estre declaré tel, qu'à l'égard du fisc. Or cela ne se peut appliquer dans nostre Droit, qu'à un fils, ou un autre heritier, qui feroit cette declaration en Jugement aprés avoir renoncé: car quand l'heritier se déclare tel en jugement, n'ayant point renoncé auparavant, comme il est toûjours saisi de plein droit, il devient par cette declaration un veritable heritier, & a besoin de Lettres, pour se disculper envers les autres creanciers, & on ne les peut même enheritiner, qu'en cas qu'il ne se soit pas mis en possession, auquel cas l'immixtion, jointe à la declaration d'heritier, ne luy laisseroient aucune ressource. C'est pourquoy Maistre Antoine Mornac n'a pas pû inferer de cette Loy qu'en general, celuy qui se declare heritier sur l'interrogatoire & la demande d'un creancier, n'est tel qu'à l'égard de ce creancier particulier. Nous tenons pour maxime qu'on contracte en jugement par de semblables declarations, & comme il n'est pas necessaire de se declarer deux fois heritier, & qu'il suffit de se dire tel une seule fois, pour l'estre envers tous les creanciers, parce que cette declaration est un acquiescement à la Coutume qui avoit déja saisi par avance, il est toûjours dangereux de la faire. Que si neanmoins on proteste en ces termes: *Sans que ladite qualité d'heritier puisse nuire ni préjudicier hors cette Cause.* Alors il sera vray de dire qu'on ne sera heritier qu'au respect du creancier, avec lequel pareille declaration aura esté faite: c'est ce que Maistre Antoine Mornac conseille ensuite pour une plus grande seureté, & ce que nous croyons essentiel, pour limiter ces declarations, & n'estre point obligé de les détruire aprés par la voye de la restitution en entier.]

De la renonciation en fraude des creanciers.

La troisiéme condition des renonciations aux successions échûës, est qu'elles ne soient pas faites en fraude des creanciers: car quoique l'on dise communément que le titre *Quæ in fraudem creditorum*, n'a pas lieu en France, neanmoins en certains cas, nostre Droit a esté plus loin que le Droit Romain, pour empêcher qu'il ne fût permis à un debiteur de frustrer ses creanciers. Dans le Droit Romain, un debiteur pouvoit renoncer à une donation, à un legs, & à une succession, comme il pouvoit ne pas demander sa falcidie, & sa Trebellianique, sans estre accusé de frauder ses creanciers, *L. 6. 19. & 20. ff. Quæ in fraudem.* Surquoy il faut voir Monsieur de Cambolas, liv. 6. chap. 8. Au lieu qu'en France non seulement nous permettons aux creanciers de prévenir, & d'intervenir au partage; mais même quand le debiteur a prévenu par une renonciation frauduleuse, nous revoquons sa renonciation, & l'obligeons de ceder ses droits à ses creanciers, ou nous les recevons à les exercer, Montholon, Arr. 55. Loüet R. nomb. 20. & 21. & nous avons quelque chose de semblable en matiere de doüaire, où le mari ne peut pas renoncer à une succession directe qui luy est échûë, pour la laisser à ses enfans, & la soustraire au doüaire de sa femme. Et cet établissement a lieu, soit que le debiteur renonce pour faire venir ses enfans en sa place, soit qu'il renonce sans cette vûë; parce qu'il suffit que sa renonciation frustre ses creanciers d'un droit dont il estoit saisi par la Coutume: c'est le sentiment de Monsieur Loüet à l'endroit qui vient d'estre cité. Mais Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 10. sur la fin, est d'avis contraire, [☞ & Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris, §. 1. gl. 3. n. 15. a aussi esté de cette opinion, que quand un debiteur en haine de ses creanciers, renonce à une succession opulente moyennant un prix modique, ses creanciers n'ont que la faculté de saisir ce qui luy a esté promis, & ne peuvent pas revoquer sa renonciation: ce que l'usage a absolument reprouvé, en donnant l'action revocatoire aux creanciers pour exercer les droits de leur debiteur.] Cela a aussi lieu, soit que le debiteur voulût frustrer ses creanciers d'une simple legitime, au cas que le défunt ait disposé, soit qu'il les voulust frustrer d'une succession entiere. Enfin, les Arrests ont établi cette Jurisprudence aussi-bien pour les successions collaterales échûës au debiteur, quoiqu'elles luy soient moins dûës, que pour les successions directes. Il y avoit neanmoins d'anciens Arrests, qui distinguoient entre une succession, & une donation, jugeant que les creanciers pouvoient exercer les droits de leur debiteur pour recueillir une succession, nonobstant qu'il y voulust renoncer, mais non pas pour donner atteinte à une donation entre vifs, & pour demander sa legitime, & c'est ce qui avoit esté jugé par un Arrest du mois de Decembre 1561. rapporté par Monsieur Valla *Tract. 12.* ce qui est suivi par de Lommeau, en ses Maximes, liv. 3. Mais il faut observer, que dans tous les cas, où les creanciers obligent leur debiteur de se porter heritier, ou de leur ceder ses actions, ils doivent luy donner caution de l'acquitter & indemniser, & doivent soûtenir toutes les actions à leurs frais & dépens; parce que le debiteur, qui est contraint de leur ceder ses actions, devient heritier. C'est pourquoy comme il n'y a point de cautionnement qui suffise à cet égard, il est mieux qu'il les laisse subroger à ses droits par défaut, & qu'il ne preste point de consentement. Car on ne le peut pas rendre heritier malgré luy. Aussi c'est le parti que suit la Coutume de Normandie en l'art. 277. Pour l'acceptation faite par l'heritier en fraude de ses creanciers particuliers, il faut voir le liv. 4. chap. 2. sect. 1. nomb. 20.

Quelques-uns prétendent qu'un fils aîné pourroit consentir à un partage égal avec ses freres, & que ses creanciers n'auroient pas droit aprés un partage fait & executé, de se plaindre de cette renonciation à son droit d'aînesse: ou que des enfans mâles pourroient se départir de l'exclusion des filles dotées, ou non dotées, établie par leur Coutume, ou des collateraux, de l'exclusion des femelles dans les fiefs; parce que les Coutumes qui donnent aux aînez un droit d'aînesse, ou qui excluent les filles en faveur des mâles, présupposent que les aînez & les mâles se veulent servir des privileges établis en leur faveur, & attachez à leur personne: Et il n'y a rien de plus permis, que de renoncer à des droits établis en nostre faveur, quand cette renonciation produit un retour au droit commun, *L. si finita. ff. de damno infecto,* Balde *in l. maximum vitium col. 4. vers. sed pone quod frater. C. de lib. præter.* ce qui se peut même faire au préjudice d'un tiers, qui ne vient contester qu'aprés un partage consommé, & dont le

18. Si la renonciation de l'aîné à son droit d'aînesse, pourroit estre accusée de fraude par ses creanciers.

image
not
available

ritier, peut se faire relever pour renoncer à la succession, à moins qu'il n'ait ratifié en majorité: mais la difficulté est de sçavoir quelle ratification il faut pour exclure la rescision : ce qui sera expliqué avec ce fameux §. *Scio* de la Loy *Demùm 3. ff. de minor.* liv. 4. chap. 2. sect. 2. & c'est un endroit important : car il faut sçavoir par avance, que si le corps des Loix est un vaste Ocean, ce §. *Scio* en est un fameux écueil.

32. Quelle ratification exclut la restitution des mineurs. Renvoy.

Il faut seulement observer, que quand un majeur a accepté une succession avec des mineurs qui se font relever de leur acceptation, l'on prétend obliger les creanciers ou de décharger le majeur, en le recevant à renoncer, ou de se contenter d'exiger de luy sa part virile des dettes, comme ils auroient fait sans la renonciation des mineurs : ce qui est expliqué au même chapitre, sect. 2. nomb. dernier.

33. Du remede pour le majeur qui a accepté avec le mineur, qui est restitué.

Au reste, quand quelqu'un s'est fait relever en majorité d'une acceptation de succession, ou de tout autre contrat qu'il avoit passé en minorité, il ne peut pas renoncer au benefice de sa restitution. Autre chose est, lorsque la restitution a esté accordée à un mineur : car alors il peut derechef accepter la succession, suivant ce qui vient d'estre dit au nomb. 30. & cette distinction est établie par la Loy 1. *C. si adversus rem judic. restit. postul.* & par la Loy 7. §. 9. *ff. de minor.* qui dit, *restitutus autem cum se hereditati misceat, vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui poterit, ut se abstineat.* Et quoiqu'elle semble abrogée par la Loy derniere, §. 6. *C. de bon. quæ liber.* neanmoins Pacius, Cent. 1. question 92. concilie ces Loix, en disant que dans l'espece de cette Loy derniere *C. de bon. quæ liber.* le mineur avoit esté relevé contre l'addition que son pere avoit faite pour luy, & que de crainte qu'il ne s'accusast luy-même d'avoir reclamé sans sujet contre le fait de son pere, quand une fois il avoit esté relevé contre cette addition, il ne pouvoit pas se porter derechef heritier ; mais qu'en tout autre cas il le pouvoir. C'est aussi l'interpretation que Monsieur Cujas donne à cette Loy sur le tit. du *C. de bon. quæ liber.* Ce qui a esté suivi par les Arrests, & entr'autres par un du 8. Aoust 1605. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre C. de Monsieur Loüet, nomb. 37. Arr. 1. & l'usage est uniforme de restituer toûjours le mineur pendant sa minorité.

34. Que souvent les mineurs sont restituez plus d'une fois.

Enfin, il y a des Coutumes qui requierent une telle égalité entre les enfans, qu'elles desirent, pour une condition indispensable de leur renonciation, qu'ils rapportent ce qui leur a esté donné en mariage, ou autrement : c'est ainsi qu'en dispose la Coutume d'Anjou, en l'art. 334. Mais comme cette disposition n'a pour objet que l'égalité entre les freres, les creanciers ne sont pas recevables à s'en prévaloir, pour demander contre un fils qui renonce, le rapport des donations qui luy ont esté faites : ce que de Lommeau liv. 3. rapporte avoir esté jugé sur un appel du Presidial d'Angers, par Arrest du 4. Aoust 1605. ainsi le fisc ni un legataire universel ne peuvent pas obliger au rapport celuy même qui se declare heritier, par cette même raison que le rapport n'est fait que pour l'égalité.

35. Autre condition des renonciations dans les Coutumes d'égalité précise.

Entre toutes ces conditions des renonciations aux successions échûës, la plus essentielle, est que ces renonciations soient formelles, & qu'elles soient faites au Greffe des lieux, ou pardevant Notaires, au pied de l'inventaire, & nous n'avons point admis la renonciation tacite, dont traitent la plûpart des Docteurs, sur la Loy *Recusari ff. de adquir. vel amitt. hered.* car la consequence est si grande de priver les legitimes heritiers, que sans une declaration précise, ils ne sont jamais présumez avoir abandonné de si justes droits, (si ce n'est qu'ils ayent passé trente années sans demander leurs portions hereditaires) non pas même lorsque leurs coheritiers possedent à leur sçû tous les biens de la succession, c'est le sentiment de Monsieur d'Argentré, sur l'art. 275. de la Coutume de Bretagne, nomb. 4. *Est enim*, dit-il, *majoris momenti quàm ut actibus tacitis colligi renunciatio possit.*

36. Que les renonciations aux successions échûës doivent estre formelles.

Il y a sur ce sujet une disposition bien singuliere dans la Coutume de Sedan, qui dit en l'art. 201. que celuy qui a declaré seulement qu'il n'étoit pas heritier, n'a pas renoncé valablement. Et comme le temps ne fait point présumer la renonciation, aussi il ne fait point présumer l'acceptation. Et quoique l'on dise ordinairement que l'on est présumé heritier en ligne directe, sans une renonciation expresse, *Filius, ergo heres*, & qu'il soit des maximes de nostre Jurisprudence que *le mort saisit le vif* ; neanmoins nul n'est heritier qui ne veut, *L. 12. ff. de adquir. vel amitt. hered. L. 1. C. si minor. se abst.* & si l'on est saisi, c'est sous condition : ensorte qu'il est toûjours temps de renoncer, tandis que l'on n'a point fait acte d'heritier, & qu'on n'a point exercé cette faculté, *L. viam publicam ff. de via publica* : ce qui a esté jugé par Arrest du 8. Fevrier 1590. qui est rapporté dans les Annotat. sur le chap. 11. de la 1. Cent. de Monsieur le Prestre. Or non seulement les renonciations doivent estre faites par des actes ; mais par des actes qui expriment le genre de succession, à laquelle la renonciation est faite. Car l'heritier legitime estant institué, s'il renonce à la succession testamentaire, il n'est pas présumé avoir renoncé à la succession legitime. Que s'il renonce à la succession legitime, il faut distinguer : car ou il sçavoit le testament, ou il en estoit ignorant, s'il le sçavoit, il est déchû de l'une & de l'autre succession, s'il ne le sçavoit pas, il peut venir à l'une & à l'autre. Es premierement, il peut estre heritier testamentaire, parce qu'il n'y a pas renoncé ; & legitimaire, parce que la succession legitime ne luy est déferée que lorsqu'avec une connoissance certaine, il renonce à la testamentaire, & alors n'y ayant point d'heritier testamentaire, il eût pû valablement renoncer à la succession legitime, mais non pas autrement.

En dernier lieu, il est quelquefois necessaire d'appeller les creanciers pour rendre la renonciation bonne & valable : ce qui est requis lorsque le mineur ayant accepté la succession, demande en majorité d'estre relevé, & reçû à renoncer, suivant l'Authentique *si omnes C. si minor. ab heredit. se abstin.* hors ce cas, l'on peut faire sa renonciation au Greffe sans y appeller personne.

37. Cas auquel il faut appeller les creanciers pour renoncer.

Aprés avoir examiné les conditions des renonciations à succession échûë, il en faut considerer les effets, qui ne sont qu'au nombre de deux. Le premier, que le renonçant perd le profit, qu'il auroit pû esperer de la succession : Le second, qu'en cela il profite aux autres heritiers.

38. Des effets des renonciations.

Ce premier effet reçoit quelque limitation à l'égard du doüaire : car quoique le doüaire soit une espece de legitime, & que celuy qui renonce ne peut pas demander sa legitime, comme il a esté prouvé, liv. 2. chap. 3. sect. 1. nomb. 9. & suivans ; neanmoins il peut demander son doüaire, & ne le peut même obtenir, qu'en consequence de sa renonciation. Mais on demande si l'enfant qui s'est une fois porté heritier beneficiaire de son pere, peut en renonçant accepter le doüaire. Et pour m'expliquer de cette question qui s'est

39. Si l'heritier beneficiaire qui renonce, peut demander le doüaire.

image
not
available

mande contre le tiers détempteur possesseur d'heritage sujet au douaire, qu'avec cette clause, si mieux n'aimoit l'heritier renoncer purement & simplement à la succession beneficiaire, en rendre compte, & payer le reliquat. Ce qui est rapporté par Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chapitre 3. titre 1. nombre 23. & l'Arrest du 9. Avril 1591. de la maniere qu'il est rapporté par Charondas sur l'article 251. de la Coutume de Paris, ne juge autre chose, sinon qu'on ne peut estre heritier & douairier tout ensemble. Enfin, Bacquet ne va pas plus loin, & aprés avoir rapporté les Arrests en son Traité des Droits de Justice, chapitre 15. nombre 31. comme ayant seulement jugé, qu'on ne peut accumuler ces deux qualitez, il conclut par ces mots, *tellement que tout homme qui demande douaire, soit coutumier ou préfix, auparavant qu'il soit recevable en sa demande, est necessaire qu'il montre sa renonciation à la succession de celuy qui a constitué le douaire.* Aprés quoy (pour montrer que ces paroles se peuvent aussi bien appliquer à l'heritier beneficiaire, qu'au simple heritier présomptif,) il continuë dans le nombre 32. de parler des effets du benefice d'inventaire par rapport à la question, & ne tend qu'à justifier l'incompatibilité des deux qualitez d'heritier beneficiaire, & de douairier.

41. Six cas où l'on est relevé d'une renonciation.

En second lieu, on peut demander s'il n'y a point de cas où l'on puisse estre relevé d'une renonciation? Et il est certain qu'il y en a plusieurs.

42. Ignorance de fait.

Le premier est, quand l'on a renoncé par ignorance de fait, comme s'il a paru un faux testament, lequel, s'il eust esté veritable, eust absorbé, ou extrêmement diminué la succession, suivant la Loy *Post divisionem 4. ff. de juris & facti ignor.* Au contraire l'ignorance du Droit ne releve point d'une renonciation, suivant la Loy *Cum ignorantia 2. C. eod.*

43. Testament non vû.

Le second est, lorsque la renonciation a esté faite en vertu d'un testament, qui n'a pas esté vû par le renonçant. La Loy *6. ff. de transact.* y est précise. *De his controversiis quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti.*

44. Doute sur la mort de celuy *de cujus bonis.*

Le troisiéme cas, qui a lieu dans le Droit, est lorsqu'on doute de la vie, ou de la mort de celuy dont on est heritier, & que l'on renonce en cet état: car cette renonciation est nulle, suivant la Loy 13. §. *si quis dubitet, ff. de adquir. vel amit. hered.*

45. Renonciation hors contrat de mariage à succession future.

Le quatriéme qui auroit lieu parmi nous est, quand on renonce hors contrat de mariage à la succession d'un homme vivant. Maynard livre 2. chap. 70.

46. De la Loy derniere, *C. de repud. vel abstin. hered.*

Le cinquiéme cas est, que dans le Droit Romain le fils, ou la fille majeure, qui estoit sous la puissance du pere s'estant abstenu, pouvoit revenir à la succession dans les trois ans, aux termes de la Loy 3. & de la Loy derniere *C. de repud. vel abstin. hered.* Ce qui n'estoit pas même un nouvel établissement, la même chose estant décidée par la Loy *Si quis 8. ff. de jure delib.*

Justinien y a pourtant ajoûté la limitation du temps, obligeant le fils de reclamer dans les trois ans; mais l'ancien & le nouveau droit ont desiré que les choses fussent entieres, sans quoy le fils ne se pourroit pas relever de sa renonciation: & les choses estoient reputées n'estre plus en leur entier, quand les biens avoient esté vendus pour le tout, ou pour partie; & non pas quand les coheritiers, ou le degré suivant avoient partagé en la place du renonçant, ni quand il y avoit eu des successions redoublées, ni quand ceux qui avoient succedé en la place du renonçant, avoient démeslé les affaires de la succession.

47. Si cette Loy se doit observer en France.

Pour sçavoir à present si cette Loy derniere *C. de repud. vel abstin. hered.* qui est si fameuse, se doit observer dans nostre Droit, il faut commencer par en fixer le veritable sens, que l'on trouvera si contraire à l'esprit de nostre Droit, qu'il sera aisé de conclure que nous la devons rejetter. Or quiconque examinera bien cette Loy, sera persuadé qu'elle est fondée sur la puissance paternelle: car elle commence par ces termes, *Si quis suus recusaverit paternam hereditatem*, & de plus, elle ne parle que de la succession du pere, & le mot de *paternel* y est repeté quatre fois. Tellement que le Droit reduisoit ce privilege aux enfans qui estoient les plus proches sous la puissance, appellez *sui heredes.* Et comme ils estoient heritiers necessaires, sauf à s'abstenir, §. *sui autem instit. de hered. dit. quæ ab intest. defer.* on les relevoit volontiers de leur abstention.

48. Que cette Loy n'estoit fondée que sur la puissance paternelle.

Ce qui confirme encore ce point extrêmement important pour la décision de nostre question, c'est que tous ceux qui n'avoient point cette qualité de *sui heredes*, estoient exclus du benefice de cette Loy derniere. Ainsi le fils qui n'estoit jamais sous la puissance de sa mere, ayant une fois renoncé à sa succession, n'y pouvoit plus venir. C'est la disposition formelle de la Loy 2. *C. de juris & facti ignor.* qui dit, *cum ignorantia juris facile excusari non possit, si major ann. 25. hereditati matris tuæ renunciasti, serâ prece tibi subveniri desideras.*

49. Explication de la Loy derniere, *C. de juris & facti ignorantia.*

Ces mots *serâ prece*, quoique la glose les interprete, en disant que celuy qui vient pendant l'année, vient à temps, & celuy qui vient aprés l'année, vient à tard; neanmoins ne signifient autre chose, à mon avis, sinon que la renonciation avoit esté faite à tard, comme l'ayant esté depuis la majorité, & par consequent que la requeste presentée à l'Empereur Gordien, n'estoit pas juste: ou bien ces mots signifient, que l'on avoit dû en temps & lieu avoir recours au benefice d'inventaire, ou au moins au délay de déliberer: & ce qui appuye cette derniere interpretation, c'est que la Loy *6. §. 1. ff. ad Senat. Tertyll.* laquelle la glose cite sur ces mots *serâ prece*, pour les interpreter de cette façon, ne donne l'an qu'à celuy qui a dit purement & simplement, qu'il ne se vouloit pas porter heritier, ce qui n'estant pas assez exprés: parce qu'il pouvoit ne se vouloir pas hazarder alors à prendre la qualité d'heritier, sans y renoncer pour l'avenir, le fils qui s'estoit ainsi expliqué avoit un an pour se declarer heritier, pour ce qu'il avoit ce même temps pour demander la possession des biens, Bartole *ad L. ult. C. de repud. vel abstin. hered.* Aussi cet Auteur soutient que si dans l'espece de ce §. 1. de la Loy *6. ad Tertyll.* le fils avoit expressément renoncé, il n'auroit pû revenir à la succession, ni dans l'an, ni dans les trois ans. Ainsi nostre Loy, en ce sens, ne voudroit dire autre chose, sinon que le fils qui avoit dit, qu'il ne se vouloit pas porter heritier, & avoit depuis laissé écouler une année, n'estoit plus recevable.

Et ce qui persuade encore mieux, que ces mots *serâ prece* de la Loy 2. *C. de juris & facti ignor.* se doivent ainsi expliquer, c'est que quand en la Loy 3. immediatement suivante, le même Empereur parle d'une fille émancipée, qui avoit manqué de demander dans l'an la possession des biens, il l'exclut de la succession: parce qu'elle a dû se faire instruire de ce que le Droit décidoit sur ce point. C'est-à-dire qu'une fille émancipée ne pou-

image
not
available

une personne qui me l'a communiqué, il s'est trouvé qu'il s'agissoit d'une renonciation extorquée par de mauvais artifices, & sur le fondement d'une donation faite par l'ayeul, de la succession duquel il estoit question, au profit d'un étranger, dont depuis on avoit trouvé la contre-Lettre en faveur de celuy qui profitoit de la renonciation, laquelle servit à faire restituer le renonçant. ☞ Car si quelqu'un renonce par le dol d'autruy, il est restituable aux termes de la Loy 9. §. 1. *ff. de dolo malo.*] Cependant voilà tous les préjugez qui sont dans les livres & memoires du Palais, dont on prétend se servir pour l'établissement de l'opinion contraire à la nôtre. Ce qui montre combien il est dangereux de se déterminer, plûtôt parce que l'on croit avoir esté jugé, que par ce qui se doit juger par les Arrests. Quelques-uns voudront encore citer pour l'opinion contraire, l'Arrest de la Grand'-Chambre rendu au Rôlle de Paris le 27. May 1687. en la cause de Thomas Procureur en la Cour, mais dans laquelle Monsieur l'Avocat General Talon se détermina par des circonstances particulieres, & entr'autres par celle-cy, que le petit-fils qui vouloit profiter de la renonciation estoit mineur & heritier beneficiaire, toûjours en état de changer, & de renoncer à son tour, & que d'ailleurs l'ayeule, à la succession de laquelle la femme de Thomas avoit renoncé, rendant compte à la femme de Thomas avoit compté entr'autres choses des successions de ses freres & sœurs, quoique ces successions luy appartinssent à elle-même, & qu'ainsi elle ne fût pas obligée d'en rendre compte: ce qui donnoit lieu aux cousins germains, seuls heritiers de l'ayeul par la renonciation de la femme de Thomas, de vouloir repeter contre luy ces successions mobiliaires, ce qui auroit emporté une tres-grande involution de procés. Voilà quels furent les principaux motifs de Monsieur l'Avocat General, & il avoüa qu'il y auroit de la difficulté à la question generale.

Voyez les Additions.

56 Qu'un majeur ne peut estre relevé que d'une renonciation exigée par dol & fraude.

Il faut donc se contenter de dire que l'on peut estre relevé dans nostre Droit d'une renonciation exigée par dol & fraude, & en ce cas j'estime que non-seulement l'on peut venir par restitution dans les trois ans, mais encore dans les dix ans, parce que c'est une maxime que toutes les prescriptions du Droit Romain qui ne sont point établies par une Ordonnance ou une Coutume, ne s'observent point parmi nous. Godefroy, sur l'art. 235. de la Coutume de Normandie. Enfin, l'on proroge même ce délay de l'Ordonnance, quand la fraude est découverte plus tard. Les circonstances de fraude doivent estre à peu prés telles que Monsieur d'Argentré, sur l'art. 415. de la Coutume de Bretagne, en demande, pour faire restituer une veuve contre sa renonciation à la communauté, *sed & interdum evenit, ut adversus renunciationes restituantur, cum se pellectas suasionibus heredum querantur, & celatas sibi tabulas, & instrumenta creditorum & debitorum dicunt, & deterritas ostentatione aris alieni, quod postea exolutum constitisset*, & l'on a égard au sexe, à la condition, & aux autres particularitez.

57. Si dans les cas où la restitution a lieu, ce qui s'est fait auparavát subsiste.

Cependant je doute que ce qui s'est fait avant la restitution doive subsister, comme l'ajoûte le même Auteur, sur le fondement de la Loy 22. *ff. de min.* car s'il y a eu du dol & de la fraude, & que ceux qui vouloient profiter de la renonciation, y ayant induit le renonçant par de mauvaises voyes, ayent encore affecté de vendre dés le lendemain de la renonciation tous les biens de la succession, comme le dol d'autruy a esté la cause de la renonciation, la restitution doit estre pleine & absoluë, & le fils qui a renoncé doit rentrer dans les biens alienez, la restitution se faisant déslors, comme dés-à-present.

☞ Il y a encore une exception à ce que nous venons de dire, que le majeur ne pouvoit estre relevé que d'une renonciation exigée par dol & fraude: car si l'heritier présomptif majeur a renoncé moyennant un legs qui luy est fait par le testament, & que dans la suite le testament soit declaré nul, en ce cas il est relevé de sa renonciation, suivant la disposition de la Loy *mater 19, ff. de inoff. test.* qui dit, *Nec enim qua ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri.*]

Le sixiéme cas est, lorsque le renonçant demande seulement d'estre admis à sa legitime; car pourvû qu'il vienne dans les dix ans de sa renonciation faite en majorité, l'on n'examine pas si rigoureusement les causes de restitution, que quand il demande sa part hereditaire toute entiere, & c'est un des points jugez par l'Arrest de saint Vast. 58. Qu'à si le renonçant ne demande que la legitime.

L'on avoit prétendu autrefois que le défaut d'acceptation de la renonciation de la part des autres heritiers, estoit un moyen suffisant pour la restitution, ce qui a esté rejetté, comme contraire à la Loy 1. §. *qui semel ff. de success. edict.* & à la Loy *Qui coheredi ff. Quis ordo in bon. possess. servetur.* 59. Si la renonciation est sujette à acceptation.

En effet, il y a une grande difference entre des droits dont on est déja en possession, & ausquels on ne renonce que par un titre legitime, qui doit estre accepté par ceux qui veulent profiter de la renonciation: par exemple, par une donation ou par une vente, & des droits qui sont simplement déferez à quelqu'un, & dont il n'est pas encore en possession actuelle, ausquels il peut renoncer par une simple declaration sans le consentement ni l'acceptation de personne, comme un legs, une succession, une communauté, le legataire qui n'est point saisi de son legs, n'ayant besoin de personne, pour y renoncer, ni l'heritier qui est bien saisi, mais n'est pas encore en possession actuelle, ni la femme qui n'a jamais eu qu'un Droit habituel dans la communauté.

On doute encore si la renonciation ne se revoque pas contre le gré même du renonçant, en cas que posterieurement à sa renonciation, il se mette en possession des biens de la succession, ou si l'effet de la renonciation est qu'aprés qu'elle est legitimement faite, on ne peut plus faire acte d'heritier? Et la regle generale tant pour les successions, que pour les communautez, est que ce qui seroit acte d'heritier, ou de commune avant la renonciation, est reputé un veritable larcin, aprés qu'on a renoncé: c'est la disposition de la Loy 71. §. *ult. ff. de adquir. vel amitt. heredit.* & les Arrests sont conformes. Papon, liv. 15. tit. 2. Arr. 1. Loüet R. 1. Chopin sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 5. nomb. 18. Cependant cette définition ne doit pas avoir lieu en toutes sortes des cas, selon l'une & l'autre Jurisprudence, & Monsieur le Prestre, cent. 1. chap. 11. a fort bien observé que dans la Loy *Pro herede 20. §. Papinianus*, le Jurisconsulte Ulpien a présupposé necessairement, qu'aprés la renonciation l'on pouvoit encore faire acte d'heritier, parce que ce Jurisconsulte avant proposé l'espece d'un fils, qui aprés s'estre abstenu de la succession de son pere, n'avoit pas laissé de recevoir de l'argent de ceux à qui on avoit donné la liberté sous cette condition, & ayant fait la distinction qui a esté expliquée cy-dessus, depuisse pas- 60. De l'heritier, qui aprés avoir renoncé s'empare des effets de la succession. 61. Exceptions de la maxime, que l'immixtion qui vient aprés la renonciation, n'est point acte d'heritier. Premiere exception, en cas que l'acte ne

65. A qui profitent les renonciations.

Nous avons dit, que le second effet des renonciations estoit de profiter à autruy : ce qui se fait de plein droit, ou en vertu d'une disposition précise de celuy qui renonce de plein droit, quand la renonciation est pure & simple, c'est-à-dire, qu'elle n'est point faite au profit d'un des coheritiers en particulier, ou d'un de ceux qui composent le degré suivant, & en vertu d'une disposition : car celuy qui renonce au profit d'un de ses coheritiers, luy profite à luy seul. Il a esté aussi dit, que celuy qui renonce au profit ou en faveur de ses coheritiers en general, sans choisir l'un d'entr'eux pour le gratifier, ne fait point acte d'heritier, parce qu'il laisse les choses dans le Droit commun, & se rapporte de l'évenement à la disposition de la Loy, & que cette renonciation estoit reputée pure & simple, & non en faveur. Mais il y a plusieurs cas, dans lesquels on doute de l'effet des renonciations pures & simples.

1. A qui elles profitent en directe descendante.

Et la maxime generale est, que les renonciations profitent à ceux qui succedent, de la même maniere précisément, que le renonçant auroit succedé, s'il n'avoit pas renoncé, & avec qui il avoit une liaison plus étroite. Mais il faut la conformité de la succession, parce que c'est celle qui induit cette liaison plus étroite. Ainsi un fils qui renonce à la succession de son pere, profite à ses freres & sœurs, parce que s'il s'estoit porté heritier, ils auroient tous succedé de la même maniere.

2. La renonciation du même fils profite à la branche des enfans d'un autre fils, qui est prédecedé, parce que tous les petits-fils d'une même branche ne font qu'une teste dans la succession de celuy *de cujus bonis*, & ainsi le profit de cette renonciation regarde la branche coheritiere, plûtôt que la personne de chacun des petits-fils.

3. Au contraire, si un de ses petits-fils vient à renoncer, le profit regarde ses freres & sœurs, avec qui il avoit une maniere de succeder commune, & une liaison plus étroite, estant tous des membres sous un même chef. En effet, aprés avoir fait une teste dans la succession de l'ayeul, ils estoient égalez dans la subdivision. Ainsi chacun d'eux avoit une maniere de succeder bien plus conforme, au respect de ses freres & sœurs, que non pas au respect de ses oncles, comme le lien de la parentelle estoit bien plus étroit entr'eux : c'est pourquoy la renonciation de celuy-cy profite à ses freres & sœurs, & non à ses oncles.

Sur ce fondement j'estime, qu'estant dit par l'article 248. de la Coutume d'Anjou, que si un homme noble met son fils ou sa fille en Religion approuvée, le fils aîné profite de la portion que le Religieux eût pris dans la succession, s'il arrive dans cette Coutume qu'un pere qui a perdu son fils, mette l'un de ses petits-fils en Religion, la part que ce petit-fils auroit euë dans la succession de son ayeul, doit profiter à l'aîné de la branche des petits-fils, & non à l'aîné de ses oncles, parce que les petits-fils qui composent cette branche, ont entr'eux une liaison plus étroite, & une maniere particuliere de succeder. C'est pourquoy ils profiteroient tous de cette part afferante, sans la singularité de la Coutume qui la donne à l'aîné.

4. Il en est de même quand l'ayeul ne laisse que des petits-fils de divers fils ou filles : car la renonciation de chacun d'eux ne profite qu'à sa branche.

5. Si neanmoins toute une branche de petits-fils vient à renoncer, en ce cas, la branche renonçante profite aux autres branches, qui demeurent heritieres, par la même raison que ces branches estoient également appellées à la succession de l'ayeul.

6. Il en est de même quand toute une branche de petits-fils renonce, & qu'il reste des enfans du défunt. Car ceux cy avec qui la branche renonçante auroit succedé également sans la renonciation, profitent de sa part par droit d'accroissement.

Les mêmes décisions ont lieu pour les successions collaterales : ainsi la renonciation d'un frere profite à ses freres, & à la branche des neveux, mais la renonciation d'un des neveux d'une même branche venant avec des oncles, ne profite qu'à sa branche. Autre chose, si plusieurs neveux de diverses branches viennent entr'eux seuls. ... car comme ils succedent tous par testes, les branches n'ayant plus lieu, la renonciation de l'un profitera indistinctement à tous les autres, principalement dans les meubles & acquests. Enfin, la renonciation de toute une branche de neveux, profite aux oncles & aux autres branches de neveux.

Quant aux propres entre heritiers de diverses lignes, par exemple, entre cousins paternels & maternels, la renonciation des paternels ne profite qu'à ceux qui sont coheritiers dans la ligne paternelle & dans les mêmes propres, & *vice versa* : sauf la dévolution d'une ligne à l'autre, quand toute une ligne renonce à la succession.

68. A qui en directe ascendante.

La matiere est plus mêlée sur le fait de la succession des ascendans, & pour tâcher de l'éclaircir, il est certain qu'en succession de meubles & acquests, la renonciation d'un ascendant profite à l'ascendant du même degré, & non pas à l'ascendant superieur de la même ligne : & cela parce qu'il n'y a point de representation en ligne ascendante, suivant l'art. 12. du titre des successions de la Coutume de Nivernois, quoiqu'il y ait en certains cas un partage par souches. C'est pourquoy si le fils meurt laissant des meubles & acquests & son pere & sa mere, & que son pere renonce, sa mere sera seule heritiere des meubles & acquests, pourvû qu'il n'y ait pas d'affectation ni d'avantage indirect de la part du pere.

2. S'il arrive que le petit-fils decede laissant un ayeul & une ayeule paternels, & une ayeule maternelle, & que l'ayeul paternel vienne à renoncer, l'accroissement ne se fera qu'au profit de l'ayeule paternelle, comme nous avons déja dit ailleurs, & le partage se faisant par souches en ces degrez superieurs, l'accroissement se fera aussi par souches.

3. Il n'en est pas de même à l'égard des meubles réalisez. Car si un ayeul paternel a marié sa petite-fille, & luy a donné une somme de deniers, avec clause de réalisation du tout ou de partie au profit d'elle & des siens de son costé & ligne, & qu'aprés la mort de l'ayeul la petite-fille meure sans enfans, la somme réalisée appartenant au pere, s'il se trouve qu'il renonce à la succession de sa fille, il ne se fera pas d'accroissement de cette somme réalisée au profit de la mere, mais elle appartiendra aux heritiers collateraux, parce que la mere n'étoit pas coheritiere dans ce propre fictif, non plus que dans un réel, qui n'auroit pas esté propre de sa ligne.

4. Dans tous les cas où la reversion a lieu, si l'ascendant y renonce, la chose sujette à reversion n'appartient point à l'autre ascendant du même degré, mais aux collateraux du costé & ligne.

5. Si un fils ayant retiré par retrait lignager un propre de sa ligne paternelle, vient à deceder sans enfans, & que son pere renonce à sa succession,

image
not
available

à tout l'émolument de la renonciation.

74\. Si l'aîné renonçant, le second fils a le droit d'aîneſſe. La ſeconde queſtion qui peut eſtre propoſée au ſujet de cet effet des renonciations aux ſucceſſions échûës, eſt de ſçavoir ſi la renonciation pure & ſimple d'un fils aîné profite à tous les autres enfans également, même pour le droit d'aîneſſe, ou ſi elle donne lieu au ſecond fils de ſucceder à ce droit, au lieu & place du renonçant? En quoy j'eſtime qu'il faut diſtinguer entre le Droit commun, & celuy de la Coutume de Paris. Car il eſt certain que dans la Coutume de Paris, l'aîné renonçant, même ſans avoir rien reçû, le ſecond n'a point le droit d'aîneſſe, ce qu'elle décide en l'article 310. en ces termes, *ſans aucune prérogative d'aîneſſe de la portion qui accroiſt.* Mais il n'en eſt pas de même des autres Coutumes, & comme ces termes qui viennent d'eſtre rapportez, ſont de la nouvelle reformation, il ſemble que, eu égard à l'ancienne Coutume, l'opinion de Maiſtre Charles du Molin devoit paſſer pour une opinion ſinguliere. Car il a crû que le ſecond fils ne ſuccedoit point, en ce cas, à ce droit d'aîneſſe, non pas par la raiſon qu'il eſtoit dit dans l'ancienne Coutume, que la portion du renonçant accroiſt aux autres: car il demeure luy-même d'accord que cet accroiſſement ne ſe fait pas à la perſonne, mais à la maſſe des biens de la ſucceſſion, & que les choſes ſont au même état par la renonciation, que ſi le renonçant n'avoit jamais eſté: Enſorte qu'on trouve ſa part dans la maſſe, & qu'on la prend directement des mains du défunt, mais il en rend une autre raiſon qui eſt, que tant que l'aîné ſubſiſte, le ſecond ne ſçauroit eſtre dit premier né, ni par conſequent joüir des prérogatives de l'aîneſſe. Qu'en effet, un aîné, nonobſtant ſa renonciation, ne laiſſe pas de joüir des honneurs & prééminences attachées à ſa qualité, le rang & le titre d'aîné ne ſe pouvant ſéparer de ſa perſonne.

L'on a voulu défendre l'avis de Maiſtre Charles du Molin, en diſant qu'il a entendu parler d'un aîné qui renonce en conſequence des avantages qui luy ont eſté faits auparavant, auquel cas il n'eſt pas juſte de donner le droit d'aîneſſe au ſecond fils, parce que l'aîné ne renonce pas, qu'il n'ait la valeur de ſon droit d'aîneſſe, & qu'ainſi il ſe prendroit deux droits dans une même ſucceſſion, mais la ſeule lecture du nombre 30. de la gloſe 1. ſur l'article 8. ſuffit pour montrer qu'il a même entendu parler d'une renonciation purement gratuite, & laquelle n'a eſté précédée d'aucune donation faite au fils aîné. Car il ſe détermine par cette ſeule raiſon, qui vient d'eſtre dite, que l'aîné eſt toûjours l'aîné, *Quum extet primogenitus habilis, nullus reliquorum poteſt dici nec cenſeri primogenitus.* Auſſi en propoſant la queſtion il ne ſuppoſe point d'avantages reçûs par l'aîné, mais il dit que l'aîné renonce gratuitement: *Quia vult abſtinere & de facto abſtinet.* Cependant les Arreſts ont jugé, qu'en ce cas le droit d'aîneſſe paſſoit en la perſonne du ſecond fils, parce que l'aîné qui renonce ainſi gratuitement, & ſans avoir reçû aucune liberalité du pere, doit paſſer pour mort dans le partage de la ſucceſſion, & entr'autres un du 14. Aouſt 1567. prononcé en robes rouges le 7. Septembre, & rapporté par Chopin, liv. 3. des Privileges des Ruſtiques, pag. 3. chap. 9. nomb. 4. par le Veſt, Arreſt 94. & par Maiſtre Julien Brodeau, ſur la Lettre E. de Monſieur Loüet nomb. 7. Arreſt 4.

75\. Diſtinction pour la queſtion. Auſſi en ce cas, le ſecond fils rendant la foy & hommage décharge ſes ſœurs pour leur premier mariage. C'eſt pourquoy laiſſant à part l'opinion de Maiſtre Charles du Molin, il faut ſe ſervir de cette diſtinction, & dire, que ſi le fils aîné renonce moyennant un certain prix, ou une recompenſe, ou s'il renonce aprés avoir eſté avantagé par celuy *de cujus bonis*, il n'y a plus de droit d'aîneſſe. Et c'eſt l'eſpece d'un Arreſt du 7. Septembre 1552. rapporté par Chopin ſur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 1. tit. 1. nomb. 4. & qui eſt mieux expliqué par Papon en ſes Arreſts, liv. 21. tit. 5. Arr. 1. & par du Luc liv. 8. tit. 10. Arr. 2. Mais ſi le fils aîné renonce gratuitement, c'eſt-à-dire, ſans rien recevoir des autres heritiers préſomptifs pour le prix de ſa renonciation, & ſans eſtre donataire de celuy à la ſucceſſion duquel il renonce, alors, comme il n'a encore eſté pris ſur la ſucceſſion aucun droit d'aîneſſe, le ſecond fils aura le préciput & les prérogatives d'aîné, au moins toutes celles qui ſont attachées à la qualité d'heritier, & c'eſt ce qui a eſté jugé par cet Arreſt du 14. Aouſt 1567. Autre choſe eſt de la nouvelle Coutume de Paris & de celle d'Orleans, qui ſingulariſent ſur ce ſujet.

La troiſiéme queſtion eſt de ſçavoir quel effet produit la renonciation à l'égard des autres enfans qui demandent leur legitime? Et rien n'eſt plus trivial dans les livres que cette controverſe, ſi les exheredez, ou les renonçans font part pour la legitime. Mais comme elle eſt plus de la matiere de la legitime, que de celle-cy, il la faut reduire icy en peu de mots. Ou l'on renonce gratuitement, ou bien l'on renonce moyennant une donation anterieure, ou un legs, ou un certain prix, que l'on reçoit pour ſa renonciation. Si l'on renonce gratuitement & ſans avoir jamais rien reçû, il eſt certain que l'on ne fait point part, non plus que ceux qui ſont juſtement desheritez: *Quo enim bonum eſt eis favere, ut partem faciant, nihil habituri*, dit la Loy *Si poſt mortem 10. §. liberi 4. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab.* Et quand on dit, que celuy qui renonce gratuitement ne fait point part, c'eſt-à-dire, qu'il n'eſt point compté, & que s'il y a, par exemple, trois enfans, dont l'aîné eſt legataire univerſel, & doit fournir la legitime, le ſecond eſt legataire particulier, & demande ſa legitime, & le troiſiéme renonce ſans recevoir aucun prix, ni aucune recompenſe, & ſans avoir jamais rien eu par donation, ni par legs, l'on comptera ſeulement ſur les deux enfans, & le legitimaire aura la quatriéme partie des biens, ſelon la Coutume de Paris, qui luy donne pour ſa legitime la moitié de ce qu'il auroit eu *ab inteſtat.* Ainſi il eſt avantageux au legitimaire, & deſavantageux à ceux qui doivent fournir la legitime, que les renonçans ne faſſent point de part, comme le remarque Maiſtre Jean Marie Ricard, part. 3. des Donations, nomb. 1061. Car dans cette eſpece, par exemple, ſi le renonçant faiſoit part, le legitimaire n'auroit qu'un ſixiéme, & le frere legataire univerſel devroit profiter de l'excedant, parce qu'il ne doit pas la legitime en maſſe à tous les enfans, comme le doüaire, mais il la doit à chacun des enfans ſelon leur nombre, & il profite des parts de ceux qui font part ſans venir à partage, ce qui ſe verifie par l'article 298. de la même Coutume de Paris, qui ne donne pas la legitime aux enfans en general, en quelque nombre qu'ils ſoient, mais définit que la legitime eſt la moitié de telle part & portion que chacun des enfans auroit eu. Tellement que le legataire univerſel, qui ſouffre les retranchemens, en eſt quitte en donnant à chacun des enfans ſa part: Que s'il y en avoit qui fiſſent part ſans venir à partage, encore un coup, ce ſeroit luy qui en auroit le profit. Mais icy l'enfant qui renonce gratuitement & ſans avoir rien reçû, eſt en quelque fa-

Marginal notes (right column): 76. Si les renonçans font part pour la legitime. — 77. Ce que c'eſt que faire part, ou ne point faire part.

image
not
available

reduits eux-mêmes à conserver leur legitime, comme il arrive souvent, il faut necessairement qu'ils fassent part. Car autrement ils ne retiendroient pas leur legitime. De plus, il est juste que tous les renonçans *aliquo dato*, fassent part : car comme l'on doit faire entrer leurs donations dans la masse des biens, ce qui grossit beaucoup la legitime, aussi ils doivent faire part en faveur de celuy qui fournit la legitime : ce qui la diminuë à proportion. Et l'heritier testamentaire perd encore à cela, en ce que les donataires ne se tiendroient pas à leur don, s'il n'estoit plus considerable que leurs parts afferantes en la succession. Et d'ailleurs, si l'on comptoit les donations, & si on les faisoit entrer dans la masse des biens, sans que les renonçans fissent part, les legitimaires auroient souvent plus que la moitié de ce qu'ils auroient eu, si le pere n'en avoit pas disposé. Ainsi ce ne seroit pas une legitime. Car supposé qu'il y ait quatre enfans & 40000. livres de bien, que le pere ait donné 15000. livres à chacun des deux aînez, qu'il ait fait le troisiéme son legataire universel, & que le quatriéme demande sa legitime, si l'on compte toutes les donations, & que les donataires renonçans ne fassent point part, il s'ensuivra que le fils legitimaire aura 10000. livres, & cependant c'est tout ce qu'il auroit eu si le pere n'avoit pas disposé ni entre-vifs, ni par testament, au lieu que les renonçans faisant part, il n'aura que 5000. livres, & le frere legataire autant : ainsi ils seront tous deux reduits à leur legitime. Il n'en est pas de même à l'égard du doüaire. Car les renonçans *aliquo dato*, ne font point de part dans le doüaire, parce que la Coutume donne le doüaire en masse aux enfans, sans considerer leur nombre. Mais les enfans heritiers font part dans le doüaire.

Le temperamment de Monsieur Bouguier, que les donataires qui renoncent ne faisant point part, l'on ne fasse point aussi entrer leurs donations dans la masse des biens, sur laquelle on fixe la legitime, n'est pas juste : car les donations peuvent estre si immenses, que si on ne les faisoit pas entrer dans cette masse de biens, les legitimaires n'auroient presque rien. Ainsi il ne faut point s'écarter des regles, & il faut faire entrer en masse tous les titres lucratifs, à la charge que tous les enfans donataires feront part. Mais cela est plus exactement exposé en détail au Livre 2. Chap. 3. de la Legitime, sect. 5. & 6.



CHAPITRE IX.

Des Indignes.

SOMMAIRE.

1. *De l'indignité du parricide, & de tout autre homicide.*
2. *Si l'indignité a lieu quand l'homicide est excusable.*
3. *De la fille qui a donné occasion de tuer son pere.*
4. *De l'heritier qui n'a pas revelé la conspiration contre la vie de celuy dont il est heritier.*
5. *De l'heritier qui ne venge pas la mort.*
6. *Quand il est permis à l'heritier de transiger sur la mort du défunt.*
7. *Si celuy qui a commis un homicide excusable peut en profiter indirectement.*
8. *Resolution pour l'affirmative.*
9. Quid *si l'homicide a esté commis* in casu non permisso.
10. *Si les enfans de l'assassin sont incapables de profiter directement ou indirectement des biens du défunt.*
11. *Arrest de la Morineau.*
12. *De celuy par la faute de qui le decés est arrivé.*
13. *De celuy qui a empêché le défunt de tester.*
14. *De celuy qui supprime le testament du défunt.*
15. *Les causes d'exheredation que le défunt n'a pas remises, sont des causes d'indignité.*
16. *Du second mariage de la mere, & comment il diminuë ses droits dans la succession de ses enfans.*
17. *Si les peines des secondes nôces ont lieu contre le pere.*
18. *De la veuve qui tombe en faute pendant l'an du deuil.*
19. *De la mere qui neglige de faire donner un tuteur.*
20. *Du furieux laissé sans garde.*
21. *De l'Authentique* si captivi, &c.
22. *Causes particulieres d'indignité entre conjoints.*
23. *De celuy qui traite de la succession d'un homme vivant.*
24. *En France l'indignité ne profite pas au fisc.*
25. *Si l'indigne confond, &c.*

1. De l'indignité du parricide, & de tout autre homicide.

IL est constant que celuy qui a donné la mort à quelqu'un, est indigne d'estre & de se dire heritier. Tout le Droit est plein d'autoritez pour cela, & la raison naturelle apprend à tout le monde la justice de cette proposition. Ce qui a lieu, quoique l'assassin ait prescrit contre la peine, cela ayant esté jugé par l'Arrest de la Morineau, dont il sera parlé incontinent. Car cet Arrest décida, que la peine du parricide se prescrit par le temps, mais que l'indignité demeure toûjours, parce qu'il n'est pas juste que la branche qui a porté le venin sur sa tige, ait droit d'en attendre quelque subsistance, & que cette tige ainsi morte & éteinte, doive encore substanter le rameau qui l'a fait mourir. ☞ Dans l'usage on ne prend pas même les amendes & frais de procés sur la part que la fille parricide auroit euë dans la succession, il y en a Arrest du 9. Juin 1659. dans le Journal des Audiences, tom. 2. liv. 2. chap. 27.] L'exactitude de la Loy a esté jusque-là, que de dire, que celuy qui pouvant secourir le défunt dans sa maladie, ne l'a pas fait, est indigne de luy succeder : par exemple, s'il luy a refusé un Medecin, suivant la Loy 3. *ff. de his quæ ut ind.* & le Parlement de Roüen a declaré un fils indigne de la succession de son pere, pour ne l'avoir pas secouru pendant qu'il estoit malade de la peste. Berault art. 244.

L'on peut demander si l'indignité a lieu, lorsque le meurtre se verifie avoir esté commis en un 2. Si l'indignité a lieu quand l'ho-

image
not
available

dign. ☞ Il n'estoit pas non plus declaré indigne pour avoir esté prevenu par quelqu'un de la famille, pourvû qu'il ne fust pas en demeure, *L. sororem 10. eod.*] Mais quand l'heritier avoit negligé cette vengeance, ☞ ou qu'il ne l'avoit pas poursuivie, même en cause d'appel, selon la Loy 6. du même titre,] quand il n'avoit songé qu'à s'emparer des biens, sans rendre au défunt de si justes devoits, il estoit non-seulement privé de la succession, comme indigne, mais on l'obligeoit même de restituer ce qu'il en avoit touché, & d'en rapporter les fruits, on donnoit en cela un effet retroactif à son indignité, on jugeoit qu'il n'avoit dû tirer aucun émolument d'une succession qu'il n'avoit pas meritée. La Loy *Heredem 17. ff. eod.* y est précise, elle dit, *heredem qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum.* Enfin, comme la crainte des dommages & interests pouvoit quelquefois refroidir les poursuites de l'heritier, ces mêmes Loix qui avoient tant pris d'autres précautions, pour empêcher qu'un cruel attentat ne fût impuni, eurent le soin de luy lever ce scrupule, en disant, qu'elles sçauroient bien distinguer, en ce cas, entre une accusation volontaire, & l'office necessaire d'un heritier : & cest la disposition de la Loy 2. *C. de calumniatoribus*, qui dit: *Mater inter eas personas est quæ sine calumnia timore necem filii sui vindicare possunt.* Et aprés avoir étendu ce Droit jusques à l'heritier étranger, elle ajoûte, *cum inter voluntariam accusationem, & officii necessitatem heredis, multum interfit.*

Nostre Droit declare pareillement indigne l'heritier qui ne venge pas la mort du défunt, & nos Legislateurs se persuadent qu'il n'y a rien qui soit capable d'arrester la fureur d'un homicide, comme la crainte de la vengeance des enfans ou des autres heritiers, qu'il prévoit estre indispensablement obligez de le poursuivre. Tous les Parlemens du Royaume en ont fait une regle uniforme : celuy de Paris a jugé par Arrest du 24. Juillet 1573. rapporté par Monsieur Loüet, sous la lettre H. nomb. 5. que des enfans ayant esté interpellez en Justice de poursuivre les meurtriers de leur pere, & ayant negligé de le faire, estoient indignes de luy succeder, quoiqu'ils eussent pris des lettres, pour estre relevez de cette omission. La Cour jugea que leur rusticité même ne les excusoit pas en un poinct, où ils avoient ainsi violé les sentimens de la nature, & où ils avoient oublié des devoirs que la Loy impose même aux esclaves, & aux étrangers donataires ou legataires. Automne dans sa Conference *tit. de indign.* nous certifie cet usage : de même, Monsieur Boyer en sa décis. 250. & Monsieur Maynard, liv. 3. chap. 3. & liv. 9. chap. 3.

Cependant les mineurs sont relevez de cette omission, suivant la Loy *Auxilium ff. de min.* qui se doit observer en France. ☞ Nous avons aussi un Arrest du 30. Juillet 1630. rapporté dans le Journal des Audiences, tom. 1. liv. 2. chap. 65. qui a infirmé la Sentence d'une Justice renuë par engagement qui avoit privé la veuve & les enfans d'un pauvre laboureur qui avoit esté assassiné, de leurs conventions & de leurs droits successifs, faute de s'estre voulu rendre parties pour faire faire le procés aux accusez, & les Officiers furent mandez pour répondre aux Conclusions de Monsieur le Procureur General. Mais cet Arrest fut rendu sur deux circonstances ; la premiere, qu'il estoit constant que cette famille n'estoit point en état de faire les frais necessaires de cette poursuite : la seconde que le défunt avoit recommandé en mourant à sa famille de s'abstenir de cette vindicte, qui consommeroit le peu qu'il laissoit de biens.

Au surplus, les regles que nous venons de rapporter] ne sont point opposées aux sentimens de la Religion, puisqu'elles établissent un devoir de pieté, *debitum pietatis officium*, dit la Loy 1. *C. de his quib. ut ind.* aussi Maistre Charles du Molin sur la Loy *Ex parte ff. fam. ercisc.* dit, *Evangelium non abolet bonas leges de judiciis, sive publicis, sive privatis, nec laudanda est, sed vituperanda sive charitas, sive misericordia, quæ fit in præjudicium boni publici.*

Il y a neanmoins des cas, où il semble que dans le Droit même aussi-bien que dans nostre usage, l'heritier peut transiger sur la vindicte de la mort du défunt, & cela doit s'observer principalement quand on peut présumer que le défunt qu'il represente, auroit usé de pardon, comme au cas que l'homicide soit arrivé par un pur accident ; c'est le sentiment de Michel Grassus *de succ ssion. art. officium heredis qu. 30. n. 9.* Tacite rapporte dans sa Germanique, que dans la Germanie le prix de pareille Transaction se partageoit dans la famille du défunt. *Recipitque satisfactionem universa domus.* Et la Coutume de Hainant a des chapitres exprés sur ce sujet, intitulez *de la paix d'homicide.* 6 Quand il est permis à l'heritier de transiger sur la mort défunt.

Que si l'homicide a esté commis par le pere, les enfans ne sont pas obligez de violer les plus tendres sentimens de la nature, pour venger celuy dont ils sont heritiers, comme il se peut inferer de la Loy *Si magnum 13.* & de la Loy *Iniquum 17. C. de his qui accusari non possunt.* Il a esté jugé sur ce fondement qu'un mari ayant tué l'enfant du premier lit de sa femme, elle n'avoit pas esté obligée de l'accuser de ce crime, ne l'ayant sçû qu'aprés qu'il eut esté commis, l'Arrest en est rapporté dans Maistre Claude Henrys, tom. 1. liv. 4. chap. 6. qu. 101. & le Parlement de Provence a jugé, qu'une mere dont le frere avoit tué le fils, n'avoit pas esté obligée de faire faire le procés à son frere, & que pour y avoir manqué, elle n'estoit pas indigne de succeder à son fils qui l'avoit instituée son heritiere. L'Arrest en est rapporté dans la suite de Boniface, tom. 3. liv. 1. tit. 22. & est en datte du 28. Janvier 1684. Il y avoit neanmoins quelque circonstance dans l'espece, estant marqué dans l'Arrest, que le défunt avoit pardonné à son oncle en mourant, sans quoy, cette espece auroit fait plus de difficulté, parce que, comme il est observé dans cet Arrest, les Docteurs n'ont guere excepté que trois sortes de personnes de cette obligation qu'ont les heritiers de venger la mort du défunt. La premiere, est celle du mari qui n'est point obligé de faire cette poursuite contre sa femme, *nec vice versa* : La seconde, est celle du fils, qui n'est point non-plus obligé d'accuser son pere ni sa mere d'un crime capital : La troisiéme, est celle du pere & de la mere, qui ne sont point tenus non-plus d'en accuser leur fils. Voyez Boërius, décis. 25. & du Molin *ad titul. C. de indign.* D'ailleurs, le fils est bien plus proche que le frere, & l'on doit bien plus à l'un qu'à l'autre.

L'on peut encore demander, en supposant cette même espece d'un meurtre, en quelque façon excusable, si celuy qui l'a commis ne pouvant pas succeder immediatement, peut succeder par le moyen de son fils. Par exemple, si le mari ayant tué sa femme, qu'il avoit surprise en adultere, & ayant esté privé par cette raison des avantages qu'elle luy avoit faits par son contrat de mariage, ne peut pas recueillir, dans la succession d'un fils, les meubles & effets mobiliers dont il a herité de 7. Si celuy qui a commis un homicide excusable, peut en profiter indirectement.

image
not
available

lettre S. nomb. 20. car une sœur ayant fait assassiner son frere par son fils aîné, l'on jugea que les autres enfans de cette sœur ne pouvoient pas venir à la succession de cet oncle, & depuis il est intervenu à l'Audience de la Grand-'Chambre, l'Arrest de la Morineau, du 15. May 1665. dont l'espece estoit que cette femme ayant fait assassiner son pere, avoit pris la fuite & estoit restée absente pendant un temps plus que suffisant, pour prescrire contre la peine, aprés lequel elle vint pour demander sa succession, & évincer ceux qui avoient acquis les biens des heritiers collateraux, subsidiairement elle fit paroistre sa fille, qui soûtenoit que si la mere estoit indigne, elle devoit estre admise à la succession, comme estant petite-fille de celuy des biens duquel il s'agissoit, & que supposé que l'indignité de sa mere se fût étenduë jusques à elle, & qu'elle ne pût pas venir à ces biens de son ayeul en qualité de petite-fille, mais qu'ils eussent appartenu à la ligne collaterale, en ce cas, comme ils avoient dû passer dans leur integrité en la personne d'une sienne tante, qui estoit une autre fille de cet ayeul, ces biens la regardoient encore comme plus proche heritiere de cette tante, & que d'autres parens collateraux de cette tante n'en avoient pû disposer au profit des tiers détempteurs, lesquels soûtenoient au contraire l'indignité en tous cas. Et par l'Arrest, sans s'arrester à l'intervention de la fille, on declara la Morineau non-recevable, & l'on maintint les tiers détempteurs dans la possession & joüissance des biens par eux acquis. Monsieur d'Ormesson, depuis Maistre des Requestes, fils de Monsieur d'Ormesson Conseiller d'Etat, plaidant pour la Morineau, & Maistre Langlois & moy pour les détempteurs. Cet Arrest exclut les enfans du parricide à quelques titres qu'ils puissent venir, *horror matris transit ad filios,* & juge que le temps n'efface pas l'indignité de la branche parricide, qu'une fille si barbare, aprés avoir brisé ses fers, en portoit toûjours quelques restes avec elle, & qu'elle communiquoit cette note & cette indignité à ses descendans.

12. De celuy par la faute duquel le decés est arrivé.

Enfin, le Droit va encore plus loin que tout ce qui vient d'estre dit : car non-seulement il prive l'homicide & [illegible] enfans de la succession du défunt, mais il en prive encore l'heritier legitime, par la negligence duquel le decés est arrivé : c'est la disposition de la Loy *Indignum 3. ff. de his quæ ut ind.* qui parle à la verité d'un heritier testamentaire, & d'un mari institué heritier par sa femme, mais on en peut faire une juste application à l'heritier naturel, que la Loy qui prononce cette indignité a institué.

13. De celuy qui a empéché le défunt de tester.

L'heritier présomptif qui a voulu s'assurer les biens du défunt, en l'empêchant de tester, doit estre declaré indigne de la succession, *L. 1. & toto tit. ff. si quis aliquem testari prohib.* Ce que j'estime devoir estre observé dans le païs Coutumier, non-seulement pour les biens libres, dont le défunt pouvoit disposer, mais encore pour ceux qu'il estoit obligé de reserver à cet heritier : car le défunt luy ayant voulu oster les biens libres, l'heritier ne porteroit aucune peine de son attentat, si on ne le privoit des reserves coutumieres.

Il n'en sera pas de même à l'égard des coheritiers qui n'ont point fait d'obstacle au dessein du défunt : car les reserves leur doivent estre conservées, & comme l'indignité ne profite point au fisc dans nostre usage, ceux-cy doivent même avoir tous les biens du défunt, à l'exception de ce qu'on pourra presumer qu'il auroit donné par son testament à ce qu'il aimoit le plus, à ses enfans naturels, à ses pauvres parens qui n'estoient pas ses plus proches, à ses domestiques, aux pauvres du lieu : le tout suivant les circonstances.

[☞ Le Droit avoit établi une autre espece d'indignité contre le fils, qui supprimant le testament de son pere, avoit vêcu tranquillement en possession de sa succession, sans executer la moindre de ses volontez, & avoit décidé en la Loy *Si quis 26. ff. ad l. Cornel. de fals.* qu'on doit évincer ses heritiers de toute la succession : *Justissime tota hereditas paterna heredi ejus eripitur.* Il semble que tous les peuples doivent suivre cette décision, dans laquelle on apperçoit non-seulement de la justice, mais de la Religion & de la pieté : Ces vertus ne s'interessent pas seulement à défendre la cause des legs pies & l'interest des Hôpitaux, leurs vûës se portent plus loin, chez elles tous les legs sont pies, & tous les testamens sont saints & inviolables. La justice des dispositions est du fait particulier du testateur, mais la défense des testamens est un des principaux offices de la pieté du Juge : *Nonne arripuisti patrocinium æquitatis & defensionem testamentorum*, dit l'Orateur Romain, que l'heritier *ab intestat*, de crainte d'une telle peine, qui va à priver ses successeurs de leurs droits les plus importans, execute donc ponctuellement les volontez de celuy qui n'en aura plus à l'avenir, & qui veut & ordonne sans retour, & pour la derniere fois.] 14. De celuy qui supprime le testament du défunt.

Pour passer à d'autres causes d'indignité, l'on peut demander si toutes les causes d'exheredation, ne sont pas des causes d'indignité ? Et il faut dire, que toutes celles dont le défunt avoit connoissance, qu'il n'a pas relevées, & qu'il est présumé par le temps & par son silence avoir voulu pardonner, ne doivent point estre imputées à l'heritier ; si ce n'est que l'heritier ait esté la cause criminelle de sa mort, auquel cas, il est de l'interest public, que l'on n'adhere pas à l'affection paternelle, ni à la clemence du défunt qui aura pardonné sa mort à son heritier. Ainsi l'on n'observeroit peut-estre pas l'art. 2. de l'Ordonnance de 1639. qui declare les enfans mineurs, qui se sont mariez sans le consentement de leurs pere & mere, déchûs de leurs successions par le seul fait, & sans qu'il y ait d'exheredation de la part du pere, comme aussi les enfans qui naîtront de tels mariages indignes & incapables de toute sorte de successions directes & collaterales, & l'indulgence du pere suppléant, en ce cas, à un consentement formel, semble pouvoir desarmer la Loy, puisque c'est principalement un interest domestique, & que quand la nature calme la colere du pere, l'on peut esperer que la Loy ne s'oppose pas à l'affection paternelle. Il y a pourtant peu d'Arrests qui se soient relâchez expressément de la rigueur de cette Ordonnance. ☞ Je n'en trouve qu'un qui soit approchant, mais qui est beaucoup anterieur à l'Ordonnance : c'est un Arrest du 22. Decembre 1584. qui est dans le Vest art. 178. lequel jugea qu'un pere n'ayant pas desherité son fils pour s'estre marié contre son avis, & le fils estant prédecedé, les petits-fils n'avoient pû estre desheritez depuis par leur ayeul, & il faut avoüer que le mépris de la majesté du pere est une grande faute. Enfin, si le pere a desherité son fils par son testament pour une des causes exprimées dans le Droit, & que le testament soit declaré nul par le défaut de solemnitez, l'on est en droit d'examiner si le sujet de l'exheredation est une cause suffisante pour faire declarer l'indignité, parce qu'il n'y a rien de couvert par le silence, ni par la mort du défunt. 15. Les causes d'exheredatiō que le défunt n'a pas remises, sont des causes d'indignité.

La mere qui se remarie perd une partie de ses re. Du se-

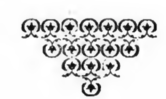
liv. 3. décis. 1. A l'égard des enfans, quoique l'exheredation odieuse : ensorte qu'un pere ayant desherité son fils, & en ayant laissé plusieurs, nul n'est censé desherité suivant la Loy 2. *ff. de lib. & posth. hered. instit. vel exhered.* l'éloge, quelque injurieux qu'il soit, se souffre, & ne vicie point l'exheredation : ensorte que si un pere dit qu'il n'ose nommer son fils, qu'il n'est pas à luy, que c'est un voleur & un gladiateur, cela ne donne pas atteinte à l'exheredation, suivant la Loy 3. du même titre, quoique cela la rend suspecte, & la fait examiner de plus prés.

22. Causes particulieres d'indignité entre conjoints. A l'égard des conjoints, il y a des causes qui les empêchent de se pouvoir succeder en vertu du titre *unde vir & uxor*, c'est pourquoy si un homme a formé une fausse accusation d'adultere contre sa femme, il doit estre declaré indigne de luy succeder, selon la Loy 9. §. 1. *ff. de his quæ ut ind.* qui décide, que des injures atroces font une indignité suffisante. Il en est de même si le mari a refusé des alimens à sa femme, ou s'il a eu l'inhumanité de luy refuser du secours dans sa maladie, suivant la Loy *indignum 3. ff. de his quæ ut indignis*, ou s'il a esté assez negligent pour ne pas venger sa mort, suivant la Loy 27. *ff. de jure fisci*, & la Loy 20. *ff. de his quæ ut indignis.*

23. De celuy qui traite de la succession d'un homme vivant. Les Loix ont encore établi une autre espece d'indignité contre ceux qui traitent de la succession d'un homme vivant, sans sa participation, & qui font des pactions soit pour estre, soit pour n'estre pas heritiers, parce que ceux qui veulent ainsi preparer une succession, témoignent assez qu'ils forment des vœux anticipez sur les biens d'autruy, & quoique ces pactions soient declarées nulles en la Loy derniere *C. de pactis*, elles servent pour donner l'exclusion à ceux qui les ont faites, suivant la Loy 2. §. *ult. ff. his quib. ut ind.* & la Loy *Quidam in jure* §. *ult. ff. de donat.* Et ceux qui entrent dans ces sortes de traitez pour promettre de ne point succeder, sont aussi coupables : car quelle folie n'est-ce pas de traiter ainsi de la succession d'un homme vivant? *Quare enim quodam vivente & ignorante de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt?* Outre que ceux-là même font liberalité du bien d'autruy : ce qui est une espece de vol, selon la Loy *Si pignore ff. de furt.* Aussi la Loy derniere *C. de pact.* condamne également en ce rencontre, le cedant & le cessionnaire.

24. En France l'indignité ne profite pas au fisc. Enfin, il faut observer, qu'au lieu que dans le Droit Romain l'indignité de l'heritier profitoit au fisc, comme il paroist par le titre *de his quæ ut ind.* dans nostre Droit elle profite aux autres heritiers, soit de même degré, soit d'un degré plus éloigné, Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris, §. 8. glose 3. nomb. 9. Robert liv. 3. chap. 7. Bacquet du Droit d'Aub. part. 3. chap. 25. nomb. 13. Boër. décis. 25. nomb. 2. Brodeau sur Monsieur Loüet lettre S. nomb. 20. ce qui ne reçoit que cette seule exception dont il a esté parlé, que les enfans de l'assassin ne viennent point aux biens de celuy que leur pere a assassiné : ce qui doit s'étendre aux petits-enfans & à toute la ligne directe de l'assassin, mais cette indignité ne passe point cette ligne, & n'exclut point les collateraux de celuy qui a commis le crime. Il y a même un cas où les enfans de l'homicide ne sont pas indignes, parce qu'ils souffrent les premiers du crime de leur pere : c'est lorsque le mari s'est rendu coupable de la mort de sa femme. ☞ Enfin, si le plus prochain heritier est declaré indigne pour n'avoir pas vengé la mort du défunt, & qu'on juge la dévolution des biens au profit du plus prochain heritier, ce doit estre à la charge de poursuivre luy-même cette vindicte qui luy est substituée avec les biens, afin qu'il y ait toûjours un vengeur inexorable des embûches domestiques & des crimes du dehors.

Au reste, je n'estime pas qu'on doive observer parmy nous la disposition de la Loy *indigno 8. ff. de his quæ ut indignis*, qui dit qu'on ne restituë point à l'indigne les actions qui ont esté une fois confuses en sa personne. Cette décision qui est fondée sur la difference qu'il y a entre l'indigne & l'incapable, semble trop rigoureuse, & quoique l'indigne soit saisi jusques à ce que son indignité soit declarée; neanmoins comme il n'est saisi que pour estre privé incontinent aprés, & que son titre n'est point incommutable, il n'est pas juste qu'il confonde les droits qu'il avoit sur la succession : ce qui dépend des principes que nous avons établis en ce même liv. ch. 4. n. 54. où nous avons montré qu'il n'y a que la proprieté incommutable qui produise une confusion aussi incommutable. En effet, quelle injustice y auroit-il que celuy, par exemple, qui n'a pas vengé la mort du défunt, fût non-seulement privé de la succession, mais perdit encore les droits & actions qu'il avoit contre le défunt, sous pretexte d'une possession feinte & momentanée que la Loy luy donne : Et premierement, s'il n'a pas pris possession des biens, il est maître d'empêcher cette confusion par sa renonciation, qui a un effet retroactif au temps du decés. En second lieu, supposé même qu'il ait pris possession des biens, dont il soit évincé par son indignité; n'est-il pas juste qu'il rentre dans ses droits, comme un heritier qui restituë un legs ou un fideicommis, & suivant la Loy *in omnibus ff. de servitut.* & n'est-ce pas étendre la peine de l'indignité audelà des bornes, que de priver l'heritier de ses biens particuliers, & d'en augmenter la succession du défunt. La vaine subtilité d'une confusion momentanée doit-elle autoriser cette injustice contre la regle du Droit, qui dit que ce qui ne dure pas, n'est pas censé arrivé, & qui ne compte point pour fait, ce qui ne subsiste qu'un moment. Il faut donc dire que la Loy *indign. 8.* & la Loy *eum qui 18.* §. *bonis ff. de his quæ ut indign.* ne doivent point estre admises dans nostre Droit.] 25. Si l'indigne confond.



n'a point donné cet effet aux dotes constituées par la mere, comme en Bretagne, suivant la remarque de Monsieur d'Argentré sur l'article 224. glose 2. nomb. 4. & au Maine, suivant la Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 258. de cette Coutume, la mere qui n'exclut pas, ne rappelle point.

5. Par quel acte ce rappel peut estre fait.

La seconde condition est, que le rappel soit fait par quelque acte, & l'article 311. de la Coutume de Bourbonnois veut que la reserve, ou le rappel de la fille dotée soit fait par le contrat de son premier mariage, & ajoûte que *la fille une fois mariée & appanée, ne peut estre rappellée à aucun droit successif, au préjudice des mâles, ou leurs descendans, sans leur consentement exprés, soit par second contrat de mariage, ou autrement.* Enfin, cette Coutume ajoûte, qu'en ce cas, la fille ne laisse pas d'estre capable de legs, c'est-à-dire, dans un testament, & non dans un simple acte de rappel. Car si le pere rappelle dans ces Coutumes hors le premier contrat de mariage, le rappel vaut comme legs, & la fille n'est pas excluse *à toto, sed à tanto*, Maistre Charles du Molin sur l'article 242. de la Coutume de la Marche, Henrys tom. 2. liv. 4. qu. 7. Brodeau R. n. 9. La Coutume du Maine marque aussi par ces termes de l'article 258. *s'il ne luy est reservé en faisant le mariage*, que cette reserve doit estre faite par le contrat de mariage, comme une veritable institution contractuelle. Enfin, la Coutume de la Marche art. 241. est conforme à celle de Bourbonnois, excepté qu'elle ne dit pas expressément que l'on puisse leguer à la fille, à qui l'on n'a pas fait de reserve par son premier contrat de mariage.

Tellement que le rappel qui repare l'exclusion des filles dotées a cela de particulier dans ces Coutumes, qu'il doit estre fait par le contrat du premier mariage, parce qu'autrement l'exclusion qui resulte du premier mariage prévient & saisit les mâles, de la portion de la fille; au lieu que les autres rappels peuvent estre faits par testament, ou par une simple declaration pardevant Notaires. Que si une Coutume d'exclusion ne prescrivoit pas, pour la forme du rappel, qu'il fût fait par le premier contrat de mariage, il y auroit lieu de soutenir, qu'il pourroit estre fait par un simple acte, & cela sur le fondement de ce principe qui vient d'estre posé, & que je tiens de Coquille, qu. 129. que l'exclusion coutumiere n'est principalement établie que sur une présomption de la volonté du pere, laquelle présomption se peut effacer par une simple declaration contraire, parce que ce qui est exprés prévaut à ce qui est présumé, selon Bartole, sur la Loy *Cum ex filio §. 1. ff. de vulgari.* Mais il y auroit toûjours cette difference entre un rappel fait par un contrat de mariage, & un fait dans un autre acte, que le premier seroit irrevocable. Au reste, cet acte de rappel peut estre fait *sine præsentia, scientia, vel acceptatione partis qua vocatur*, dit Maître Charles du Molin, en cas semblable sur l'article 139. de la Coutume de Blois.

6. Quand le consentement des freres est necessaire pour ce rappel.

La plûpart de ces Coutumes d'exclusion, imposant la necessité de faire les reserves par le contrat du premier mariage de la fille, y apportent neanmoins ce temperamment, que la reserve par contrat du second mariage, ou par tout autre acte posterieur au contrat du premier mariage, ne laisse pas d'estre bonne & valable, même pour un rappel de succession, pourvû qu'elle soit faite du consentement des freres, que ces Coutumes supposent avoir un droit acquis par le contrat du premier mariage, où il n'y a point de reserve. C'est ainsi qu'en dispose l'art. 311. de la Coutume de Bourbonnois, l'article 29. du chapitre 12. de celle d'Auvergne, l'article 241. de celle de la Marche, mais ce consentement des freres n'est requis dans la plûpart de ces Coutumes, que pour la reserve de l'espoir successif, & non pour de simples legs, c'est ainsi que s'en explique l'article 30. du chapitre 12. de celle d'Auvergne. ☞ Le consentement des mineurs est sujet à restitution, & quand des majeurs ont une fois consenti, ils ne peuvent s'en dédire. Que s'ils viennent à deceder, leurs heritiers sont obligez d'entretenir le rappel, Maistre Charles du Molin sur l'art. 8. du chap. 15. de la Coutume de Montargis : ensorte que les interessez dont il est parlé en cet article de la Coutume de Montargis, & dans les autres Coutumes, ne sont pas ceux qui sont en plus proche degré lors du decés, (comme l'on dit dans la matiere des legitimations par lettres. V. cy-dessus liv. 1. ch. 2. sect. 1. distinct. 2. mais ceux qui sont tels lors du rappel,) parce qu'il est plus favorable que la legitimation par lettres : ainsi les morts imprévuës ne doivent point estre une occasion de le faire declarer nul, quand le pere ou l'oncle a usé des précautions qui luy sont indiquées par la Coutume.]

7. Que le rappel doit estre exprés. Preuve en trois especes.

Enfin, ceux qui peuvent estre rappellez, le doivent estre expressément. C'est pourquoy quelques-uns prétendent que si la Coutume permet d'appeller la fille par le contrat de son premier mariage, & ses descendans, & que le pere ne reserve & ne rappelle que la fille, & non ses descendans, & que la fille procede, ses enfans ne profiteront pas du rappel, parce que, disent-ils, il faut satisfaire *in forma specifica*, aux conditions requises par les Coutumes, & dés que la Coutume a permis de rappeller la fille & ses descendans, ni la fille ne doit joüir du rappel fait pour ses descendans, ni ses descendans ne se pourront prévaloir du rappel qui aura esté fait pour elle.

Il y en a un Arrest en cette espece même pour la Coutume d'Auvergne, rendu en interpretation de l'article 27. du chapitre 12. qui porte, que *les peres & autres ascendans, en mariant en premieres nôces leur fille, ou autres descendans en droite ligne, peuvent reserver à leurdite fille ou autres descendans en droite ligne, droit successif de pere, mere & autres susdits parens.* Cet Arrest fut donné en la quatriéme des Enquestes, au rapport de Monsieur Foucaut le 28. Avril 1635. entre Michel Poderoux sieur de Bataillon, & Damoiselle Claudine Rival sa femme, & Maistre Gabriel Rachon, & est rapporté par Henrys tom. 2. liv. 6. qu. 20. C'est ainsi que la reserve qui releve du défaut de representation, n'estant point susceptible d'aucune extension, ne profite pas même aux enfans de la même cellule par l'article 140. de la Coutume de Blois. C'est ainsi que dans la même Coutume d'Auvergne la reserve faite d'une fille dotée pour les successions directes, ne luy profite point pour les successions collaterales, quoique peut-être on ait reservé une sienne sœur pour les mêmes successions, & en tous ces cas les reserves *tantum valent, quantum sonant.* Ce sont des choses de droit étroit, & des causes limitées qui ne produisent aussi qu'un effet limité. Il y en a un Arrest appellé, *l'Arrest des Clemançons de Tiers*, qui est dans une Note marginale du Commentaire de Basmaison & Consul, sur l'article 28. du chapitre 12. de la Coutume d'Auvergne.

Resolution contraire.

Cependant j'estimerois, sans ces préjugez, que la reserve faite par la fille dans son contrat de mariage, devroit profiter à ses enfans, quand elle prédecede, parce que c'est une espece d'insti-

image
not
available

de la Coutume d'Auvergne, Monsieur d'Argentré sur l'art. 220. de la Coutume de Bretagne, gl. 6. nomb. 3. 4. 5. 8. 9. A quoy sont conformes les Coutumes de Blois, art. 161. & d'Orleans, art. 202. Enfin, tout ce qui n'est point exprés dans un contrat de mariage, doit estre suppléé par la Coutume à laquelle l'on doit présumer que les parties se sont rapportées pour les cas obmis, sçachant qu'elle contracte pour eux, & qu'en cette espece, par exemple, l'exclusion de la fille dotée, prononcée par la Coutume, tant pour les successions collaterales, que pour les directes, ne peut cesser que par une clause précise qui reserve les unes & les autres: Or on ne peut pas dire qu'il y ait une reserve précise pour les successions collaterales, quand on ne l'infere que d'une renonciation expresse aux successions directes, ce qui est un argument fort foible; puisqu'enfin, il est vray de dire, en ce cas, que la fille a renoncé expressément aux successions directes, & tacitement aux collaterales, & que la renonciation aux directes vient de la disposition de la Loy, & de la stipulation du pere conjointement; mais que la renonciation aux collaterales est fondée dans la disposition de la Loy. A quoy il faut ajoûter les trois exemples précedens qui marquent la necessité qu'il y a de faire les reserves expresses.

Raisons pour la renonçante.

L'on dit d'autre part, que quand un pere fait renoncer sa fille expressément, la Loy qui ne contracte en ces occasions, qu'au lieu de l'homme, n'interpose plus son autorité, & laisse faire au pere ce qu'elle n'auroit fait qu'à son défaut. Elle luy laisse stipuler ce que bon luy semble, & elle suit & execute ses dispositions, ensorte que la fille n'est plus exclusе que par la stipulation du pere, & par consequent selon l'étenduë qu'il a voulu donner à la renonciation; d'où il suit que le pere ne l'ayant pas voulu faire renoncer aux successions collaterales, & n'ayant pas voulu suivre, à cet égard, la disposition de la Loy, qui luy a semblé trop dure, la fille doit venir à ces successions. En effet, il y a bien de la difference entre exclure la fille des successions de ceux qui la recompensent sur leurs biens de la renonciation qu'ils luy font faire; & l'exclure de celle des collateraux, & de ce qui luy vient *à genere*, & le pere qui conçoit cette difference & ces degrez d'exclusion, peut exclure sa fille des successions directes, sans vouloir pour cela l'exclure des collaterales: & c'est son choix & sa disposition qu'il faut suivre en tout, puisqu'il a pris la plume pour disposer luy-même au lieu de la Loy, & ne l'ayant actuellement exclusе que des successions directes, l'on peut dire, en ce cas, qu'il l'a reservée pour les collaterales, suivant la maxime ordinaire *inclusio unius est exclusio alterius*, cette reserve tacite devant avoir le même effet qu'une expresse.

☞ Que si on a permis au pere qui marie sa fille de la faire renoncer aux successions collaterales, quoiqu'en cela à l'égard des biens qui viendront de son chef, à ses autres enfans, & ausquels il fait renoncer la fille, ce soit à proprement parler, charger & gréver la legitime de ses autres enfans, en y apposant une condition qui en excluë leur sœur, & qu'à l'égard des acquests de ses autres enfans, ce soit précisément disposer du bien d'autruy, & quoique ces renonciations soient contre l'équité naturelle, qui demande l'égalité entre les freres & sœurs, à plus forte raison on a bien pû établir les reserves à successions collaterales, & on les doit même considerer comme favorables dans les Coutumes d'exclusion, puisqu'elles produisent un heureux retour au droit naturel, & que d'ailleurs le pere, qui reserve & rappelle sa fille aux successions collaterales, ne dispose pas de ses successions, mais il leve seulement l'obstacle que la Coutume avoit apporté pour empêcher que la fille ne succedât quelquefois sous prétexte d'une tres legere dot qui luy auroit esté constituée, les freres & sœurs demeurant dans la liberté de disposer de leurs biens; & la fille mariée dans celle de renoncer elle-même à ces successions quand elles arriveront.]

L'on peut ajouter, que cette opinion est d'autant plus probable, qu'elle produit un retour au droit naturel, qui admet les filles comme les mâles, & que d'ailleurs il est à présumer que le pere, lequel la Loy constituë souverain arbitre dans sa famille, & sur l'affection duquel elle a fondé toutes ses dispositions, n'a doté sa fille & ne l'a recompensée que pour la renonciation qu'il stipuloit d'elle, & que n'en stipulant point pour les successions collaterales, la dot qu'il luy a constituée, n'est que le prix de sa renonciation aux successions directes: & qu'il l'auroit beaucoup augmentée, s'il avoit crû que sa fille eût dû estre exclusе de toutes successions. Ainsi l'on hazarde dans l'opinion contraire d'aller contre la raison fondamentale de ces sortes de renonciations expresses & tacites: c'est pourquoy le dernier parti me semble le meilleur, l'intention du pere qui s'explique une fois est la Loy domestique. Il n'a parlé, & par consequent n'a entendu parler que des successions directes. S'il avoit prétendu exclure sa fille des collaterales, il ne luy auroit pas plus coûté de l'exprimer. Joint à cela que le cœur du pere, qui incline toujours pour l'égalité, n'exclut que par degrez, & recompense à mesure, dispensant la dot à proportion de l'exclusion & de la renonciation qu'il stipule. C'est l'avis de Basmaison en son Commentaire, sur l'art. 25. du tit. 12. des successions de la Coutume d'Auvergne, & Maistre Claude Henrys qui rapporte un Arrest contraire, tom. 1. liv. 6. chap. 5. qu. 24. convient qu'il y en a de précedens qui établissent cette opinion, & qu'elle est soutenuë des plus fameux Avocats de la Province.

☞ Cette question aussi-bien que la précedente a esté jugé conformément à nôtre avis, par l'Arrest du 3. May 1692. rendu en la Grand'-Chambre au rapport de Monsieur Portail, dont voici l'espece. Jean Montrochier & Claude Baillhon marierent Denyse Montrochier leur fille, & par son contrat de mariage du 5. Septembre 1647. ils luy constituerent en dot 300. livres, & quelques meubles, moyennant quoy ils la firent renoncer *à tous droits paternels & maternels, à leur profit & de leurs enfans nez & à naître, sauf & à elle reservée la loyale & collaterale échoite*: Aprés le decés de la renonçante, un de ses freres nommé Georges Montrochier mourut sans enfans: ce qui donna lieu aux enfans de la renonçante de demander part en cette succession; leurs oncles maternels soutinrent qu'ils n'y estoient pas recevables attendu la renonciation de la mere. Ce qui forma trois questions. La premiere, si Denyse Montrochier n'ayant renoncé qu'aux droits paternels & maternels, n'estoit pas censée, (sans considerer même la clause de rappel,) avoir esté suffisamment reservée pour les successions collaterales: La seconde, si cette reserve est ainsi conçuë; *sauf & à elle reservée la loyale & collaterale échoite*, n'assuroit pas à Denyse Montrochier les successions colla-

image not available

culo, quod ei ad successionem oberat, scilicet pacto vel statuto.

Cet effet présupposé s'ensuivent tous ceux qui sont attachez à la qualité d'heritier, comme ceux-cy, que la fille rappellée se peut dire saisie, qu'elle se peut porter heritiere beneficiaire, & qu'elle est sujette au rapport.

11. Si ce rappel est irrevocable. A l'égard de l'irrevocabilité de ce rappel, elle est d'un droit certain dans les Coutumes, où il doit estre fait par contrat de mariage, comme dans celle d'Auvergne & de Bourbonnois, Bouguier S. nomb. 11. Brodeau R. 9. Arr. 13. & même dans quelques-unes de ces Coutumes, le pere ne peut rien faire au préjudice de ce rappel, ni par donation ou autre contrat entre-vifs, ni par testament. C'est ainsi que la Coutume d'Anjou en dispose en l'article 245. Ensorte qu'on prétend que si un pere marie sa fille dans la Coutume de Bourbonnois, & la rappelle à la succession d'un sien oncle, & que dans la suite le pere survive à cet oncle, la fille ainsi rappellée prendra, ce semble dans la succession de son pere la part qu'elle eût eu dans la succession de son oncle, si son pere estoit decedé avant luy; parce qu'il faut que la reserve opere quelque chose en ce cas là-même, lequel on présume que le pere a pû prévoir.

☞ Je ne serois pas neanmoins de cet avis: car le pere, qui en mariant sa fille, la reserve à une succession collaterale, ne luy promet point cette succession, mais ne prétend faire autre chose que lever l'obstacle de l'exclusion coutumiere pour cette succession, & rétablir sa fille, à cet égard, dans ses droits naturels; il ne prétend point luy garantir la succession à laquelle il la rappelle; parce qu'il peut arriver que la rappellée decede avant celuy à la succession duquel il fait ce rappel, ou que celuy-cy dispose de ses biens, & le pere sçait qu'on ne peut pas faire un titre irrevocable, ni une institution contractuelle pour la succession d'autruy, la fille en ce cas ne peut pas non plus prétendre devoir estre reputée instituée pour la succession de ce collateral; parce que toute institution contractuelle, qui est une veritable donation, doit estre expresse, selon la Loy *nuda ratio 26.* La Loy 31. §. 3. & la Loy 32. suivante *ff. de donation.* & cette institution tient aussi cela de l'institution testamentaire qui doit estre précise, & ne se supplée jamais, selon la Loy *hereditas 65. ff. de hered. instit.* On peut aller plus loin, & soutenir que l'ascendant qui rappelle à sa propre succession sa fille dotée, n'est point reputé luy faire une institution contractuelle par les mêmes raisons, & que ce rappel ne l'empêche point de disposer au préjudice de sa fille ainsi rappellée; parce qu'il ne fait autre chose dans ce rappel que lever l'obstacle de l'exclusion coutumiere, pour la succession *ab intestat*, qui n'a rien de commun avec la testamentaire, comme il se voit dans l'exemple de l'Edit des Meres, qui réglant la succession *ab intestat*, de la mere succedant à son fils en pays de Droit écrit, n'empêche pas que le fils ne soit en droit de tester au profit de sa mere.

On ne manquera pas de nous objecter ce que nous venons de dire au nomb. 7. en traitant la question de la transmission de la reserve, où nous avons conclu que si la fille reservée vient à prédeceder, ses enfans doivent estre censez rappellez en sa place, & qu'elle leur transmet sa reserve en mourant, par cette raison que cette reserve est une espece d'institution contractuelle, à quoy il faut répondre qu'elle est une espece d'institution pour ce qu'elle contient; c'est-à-dire, en un mot, qu'elle assure irrevocablement que l'obstacle de l'exclusion coutumiere est levé au profit de la fille dotée, & par consequent au profit de ses enfans, à qui elle transmet son rappel, mais ce n'est pas à dire que le pere ne puisse disposer même par testament au préjudice de la fille reservée, & il y en a une raison bien sensible; puisque la reserve ne luy doit pas donner plus de droit, que les filles non dotées, & les mâles mêmes en peuvent avoir, & que cependant dans la plûpart des Coutumes, le pere peut disposer par testament au préjudice de ses enfans non mariez, & les reduire à leur legitime.]

Il n'en est pas de même à Paris, & dans les Coutumes où les filles mariées ne sont pas excluses de plein droit: car si la fille a renoncé dans son contrat de mariage, & que le pere la rappelle par quelque acte que ce soit, le pere peut toûjours revoquer son rappel, comme nous dirons dans la section suivante. Et la raison de difference est, que les reserves sont des especes d'institutions contractuelles dans les Coutumes d'exclusion; puisqu'elles ne se peuvent faire que dans le contrat du premier mariage; au lieu que nos rappels sont des dispositions pour cause de mort, dans quelques actes qu'ils puissent estre faits.

Il y a un autre rappel des filles dotées, qui ne dépend point de la disposition de l'homme; mais de celle de la Loy, lequel a lieu lorsque la fille qui estoit exclusе en faveur des mâles, revient à la succession au défaut des mâles qui sont prédecedez, ou qui ayant survécu renoncent à la succession, & c'est de ce rappel qu'on peut appeller legal, que parle l'article 309. de la Coutume de Bourbonnois, qui n'exclut la fille qu'en faveur des mâles & de leurs descendans, & la rappelle à leur défaut. 12. Du rappel legal qui vient du défaut des mâles. Ce qui a fait dire à plusieurs, que le droit des filles n'estoit qu'en suspens, ce qui n'est pas vray neanmoins: car cette exclusion est absoluë, comme l'établit Maistre Charles du Molin, sur l'art. 21. du chap. 7. de la Coutume du Duché de Bourgogne. 13. S'il est vray que le droit des filles ne soit qu'en suspens. Tellement, que lorsqu'il y a des mâles qui recueillent une fois la succession du pere & de la mere, la fille est excluse pour jamais de leurs successions, & le rappel legal, dont il est parlé icy, ne vient à l'égard des successions directes, que dans le seul cas que les pere & mere decedent sans enfans mâles, ou qu'ils en laissent qui renoncent à leur succession. Que s'il y en a qui se portent heritiers, quoique dans la suite ces mâles & leurs descendans viennent à manquer, & qu'ainsi il y ait du retour pour la fille qui a renoncé expressément ou tacitement, la fille ne viendra point aux successions de pere & de mere, mais se poutra dire seulement heritiere du dernier des freres ou de leurs enfans, *ad futuras ergo successiones desinet hac filia esse inhabilis, postquam defecerint masculi; sed non ad præteritas*, dit Maistre Charles du Molin en cet endroit. C'est ainsi que la disposition des deux chefs de l'Edit des secondes nôces, cesse aprés la mort des enfans du premier lit. Que si les freres ou leurs enfans ont consommé les biens, la fille n'aura pas droit de les revendiquer sous prétexte de cette esperance qu'elle avoit, & c'est en cela que son exclusion est absoluë. Coquille sur la Coutume de Nivernois, chap. 23. art. 24. Aussi quand on considereroit le droit de la fille, comme un droit de reversion, l'on sçait que ce droit n'empêche point parmi nous, c'est-à-dire, dans le pays Coutumier, de vendre & de disposer par donation ou par testament.

image
not
available

permet au pere de stipuler la renonciation de sa fille, non seulement à sa propre succession, mais à celle de ses autres enfans, sans l'obliger de demander leur suffrage & leur consentement; aussi il luy permet de faire ce rappel sans leur participation, suivant la maxime ordinaire établie en la Loy *Ab emptione ff. de pactis*, cette question est decidée de cette maniere par l'art. 221. de la Coutume de Poitou.

4. Quid dans les Coutumes d'exclusion. Il faut neanmoins, excepter les Coutumes, où aprés la renonciation tacite qui resulte de la simple dotation de la fille mariée, faite sans aucune reserve aux droits successifs, le rappel ne se peut plus faite que du consentement des mâles, comme il est établi en la Coutume de Bourbonnois, art. 311. en celle d'Auvergne, chap. 12. art. 29. & en celle de la Marche, art. 241. Car en ces Coutumes aprés une renonciation expresse, le rappel ne se peut plus faire sans le consentement des interessez, & cela à plus forte raison que dans les renonciations tacites; parce que le Droit est icy acquis aux freres par une declaration formelle de la fille, qui a renoncé : outre que ces Coutumes comparent souvent la renonciation expresse & la tacite, comme il se voit en l'art. 309. de la Coutume de Bourbonnois, & dans la Note de Maistre Charles du Molin, sur le 307. de la même Coutume.

5. Quid si la fille a dirigé la renonciation au profit de ses freres. Que si la fille a dirigé expressément sa renonciation au profit de ses freres, qui ont esté presens & acceptans, c'est une question que de sçavoir si en ce cas-là même, le rappel ne se peut pas faire sans leur consentement. Constant l'ayant proposée sur l'art. 221. de la Coutume de Poitou, a conclu pour la negative, disant que cet article qui declaroit le consentement des freres inutile, ne parloit que d'une renonciation pure & simple, & non dans le cas d'une causée en faveur des freres, & encore moins dans le cas que ces freres ayent esté presens & acceptans. Mais il me semble que l'esprit de cette Coutume & de la plûpart de celles du Royaume, est contraire à cette opinion; puisqu'elles n'établissent à la verité les renonciations à successions futures qu'en faveur des mâles; mais donnent au pere le droit & la faculté de les stipuler aussi efficacement pour eux, que s'ils estoient eux-mêmes presens & acceptans: d'où il suit qu'il en est de même du rappel, auquel la contradiction des freres ne seroit pas même, à mon avis, un obstacle suffisant. Enfin, si le rappel peut estre fait sans l'acceptation, & à l'insçû de la fille rappellée, quoiqu'elle ait parlé necessairement à la renonciation, comme il resulte de la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 139. de la Coutume de Blois, il semble aussi qu'il se peut faire à l'insçû des freres, dont la presence n'estoit pas necessaire lors de la renonciation.

6. Si le fils en faveur duquel la fille a renoncé, moyennant quoy il a ratifié sa dot, empêche qu'elle ne soit rappellée à titre particulier ou universel. ☞ Que si la fille a renoncé en faveur de son frere aîné seulement, moyennant quoy il a ratifié la dot qui luy estoit constituée, le pere de la renonçante luy peut encore leguer, parce qu'en stipulant cette renonciation de sa fille en faveur de son fils, il n'a point promis à son fils la part que devoit avoir sa fille, il ne l'a point institué moyennant cette renonciation pour une double part, & comme sa fille estant laissée en son état naturel & ne renonçant point, ne l'auroit pas empêché de donner ou de leguer à qui bon luy auroit semblé, aussi son fils subrogé aux droits de sa fille pour une part en sa succession future, ne le peut pas empêcher de tester, même au profit de sa fille, qui est encore plus favorable qu'un étranger, puisque tout rappel en ligne descendante ou à titre particulier, ou à titre universel, est extrémement favorable. Aussi le fils n'estoit point saisi du vivant du pere, & le domaine anticipé, dont parlent les Loix, n'est qu'une fiction. Ce qui est si vray que si la fille renonçante decede avant le pere qui l'a dotée, le fils en faveur duquel elle a renoncé n'a rien de son chef, cette renonciation estant caduque, & c'est une difference qui se fait dans la plûpart des Coutumes d'exclusion, entre l'exclusion conventionnelle, ou la renonciation expresse de la fille dotée, & l'exclusion tacite & legale : le fils aîné qui est subrogé par la Loy venant à la succession du chef de la renonçante, quoiqu'elle prédecede, ce qu'on n'accorde pas à celuy qui n'est subrogé que par la convention. Encore cela ne se juge ainsi à l'égard de la subrogation legale, que dans les Coutumes d'Anjou & du Maine, non dans celle de Bretagne où le contraire se juge, selon Hevin. Que si ce legs ou cette donation particuliere pour laquelle la renonçante est rappellée, diminuë l'effet de la renonciation, & la peut même aneantir, ce n'est pas un moyen pour donner atteinte à la donation particuliere & au legs, puisque cela se pourroit faire au préjudice d'une institution contractuelle, l'institué devant s'attendre au rappel de sa sœur qui est naturel, & qui est si conforme à l'esprit des Loix, qu'il n'y a pas une seule Coutume qui défende de rappeller à titre particulier la fille excluse ou renonçante, & que toutes celles qui en parlent autorisent ce rappel.

Je vais plus loin, car la faveur du fils au profit duquel on a stipulé la renonciation, n'empêche pas même que la renonçante ne soit rappellée à titre universel, & que par ce rappel le frere, au profit duquel elle avoit renoncé, ne soit reduit à sa legitime, par la raison qui vient d'estre dite, qu'une renonciation en faveur n'emporte pas d'institution contractuelle. Il faut excepter les Coutumes qui le défendent, comme celle de Bourbonnois.]

Je demande en quatriéme lieu, par quel acte une fille, qui a renoncé expressément, peut estre rappellée? Et il faut necessairement que ce soit par un acte posterieur au contrat de mariage, c'est-à-dire, ou par une simple declaration devant Notaires, ou par un testament : ce qui a lieu dans les Coutumes même, qui veulent que le rappel de la fille dotée soit fait par le contrat de son premier mariage : car un même contrat de mariage ne peut pas porter une renonciation expresse, & un rappel. Mais il y aura cette difference, que dans nos Coutumes celle qui sera ainsi rappellée, viendra *per modum successionis*; au lieu que dans ces autres Coutumes, qu'on appelle *d'exclusion*, & qui souhaitent que le rappel d'une renonciation tacite soit fait par le contrat du premier mariage, la fille rappellée aprés une renonciation expresse, ne viendra que *per modum legati*; si ce n'est que les freres ayent consenti au rappel pour la succession, Auvergne, tit. 12. art. 29. & 30. Nous avons une décision pour la simple declaration dans la Coutume de Labour, tit. 12. art. 15. quoiqu'elle ne parle que d'un rappel fait aprés une exheredation, & une Note de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 139 de la Coutume de Blois, où il parle du rappel qui se fait pour reparer le défaut de representation. Voyez la Section suivante, nomb. 2. 7. Par quel acte ce rappel peut estre fait.

☞ Il y a une exception à ce que nous venons de dire, que le rappel ne se peut faire que par un acte posterieur au mariage : car si quelqu'un a institué sa fille dans son testament pour sa part affe-

image
not
available

pour une Coutume qui défend expressément le rappel.

La Note de Maistre Charles du Molin sur l'article 258. de la Coutume du Maine, ne peut point non plus estre alleguée pour cette opinion : parce qu'elle ne porte autre chose, sinon que quand le pere a marié sa fille sans reserve, il ne peut plus que luy leguer en la rappellant, en quoy il s'est conformé aux Coutumes de Bourbonnois, de la Marche, & d'Auvergne.

Enfin, pour se tirer des préjugez par lesquels ceux de l'opinion contraire prétendent établir leur sentiment, il est à observer que souvent il est indifferent à la fille rappellée de venir à titre de legs, ou à titre de succession, au cas qu'il y ait beaucoup de meubles & acquests. C'est pourquoy elle offre quelquefois de ne venir qu'à titre de legs, ce qui se rencontra dans l'espece de l'Arrest du 22. May 1574. selon les modernes même qui citent cet Arrest: & ce qui doit empêcher qu'il ne soit allegué pour leur opinion.

De même, j'estime que dans la Coutume de Vitry, le rappel y est un titre de succession, & non un titre de legs : Que si cette Coutume en l'article 101. défend l'institution d'heritier par testament ou autrement, au préjudice de l'heritier présomptif, ensorte que Maistre Charles du Molin a dit sur cet article, *& ita nec in vim quidem legati valet sub hac consuetudine.* 1. Un rappel n'est point une institution non plus qu'une donation de tous biens presens & à venir, quoique le rappel, l'institution, & la donation des biens presens & à venir, ayent souvent le même effet. Ce qui a esté établi au chapitre des Institutions contractuelles. 2. Cette défense ne concerne que les institutions contractuelles, ou testamentaires au profit des étrangers principalement; & non point un rappel au profit d'une fille qui a renoncé.

12. Si le rappel fait legs ou succession dans le Bourbonnois.

Au contraire dans les Coutumes de Bourbonnois & d'Auvergne, & autres semblables, le rappel aprés une renonciation expresse, ne fait venir la renonçante que par forme de legs; parce qu'encore que l'art. 311. de la Coutume de Bourbonnois, & l'art. 29. du chapitre 12. de celles d'Auvergne, ne parlent que de la renonciation tacite qui resulte de la dotation de la fille sans aucune reserve, neanmoins l'esprit de ces Coutumes est de comparer ces deux renonciations, & d'induire également de l'expresse & de la tacite un droit acquis incommutablement aux freres.

13. Si dans ces Coutumes les freres peuvent faire le rappel, & le faire ratifier au pere ex post facto.

En septiéme lieu, on peut demander si dans ces Coutumes les freres peuvent faire le rappel entr'eux, & le faire ratifier aprés par le pere, de la succession duquel il s'agit? Et il faut conclure pour l'affirmative, parce que dans tous les cas où le simple consentement de quelqu'un est necessaire pour la perfection d'un acte, il est indifferent que ce consentement survienne devant ou aprés, ce qui se peut induire de la Loy derniere *C. ad Senatusc. Macedon.* qui dit que le prest fait au fils de famille, subsiste par le consentement de son pere, qui survient *ex postfacto*, & de la Loy *Si fundus 16. §. 1. ff. de pignor.* enfin, du Cons. 31. de Decius, nombre 2. Autre chose est, quand il faut non seulement un consentement, mais une autorisation, parce qu'alors c'est une formalité qui doit estre dans l'acte même, quoique par la derniere Jurisprudence, l'on a permis & approuvé l'autorisation du mari *ex postfacto*, mais on n'en est venu à ce point que pour faciliter le commerce. A plus forte raison quand le pere rappelle luy-même, le consentement des freres, que ces Coutumes requierent pour faire que la rappellée vienne à titre de succession, peut estre interposé par un acte posterieur au rappel.

Enfin, quand les freres ont une fois donné ce consentement, ils ne peuvent plus le revoquer, si ce n'est avec le pere, *Qui semel consenserunt, amplius pœnitere non possunt; nisi eum de cujus successione agitur, pœniteat*, dit Maistre Charles du Molin, sur l'article 249. de l'ancienne Coutume d'Orleans: Mais si le pere revoque le rappel, le consentement que les freres ont presté au rappel, devient inutile, par consequent, il seroit aussi inutile qu'ils donnassent un nouveau consentement pour cette revocation.

14. Si les freres qui ont consenti au rappel se peuvent repentir.

C'est une maxime qu'un rappel est toujours revocable de la part du pere, quand même il est fait par une donation entre-vifs. Et il n'y a que des reserves qui doivent estre faites par contrat de mariage, & qui ne concernent que les exclusions de plein droit, ou les renonciations tacites, lesquelles soient irrevocables, parce que ce sont des especes d'institutions contractuelles. Mais les rappels qui se font aprés des renonciations expresses, & qui par consequent ne se font pas dans des contrats de mariage, sont toujours sujets à estre revoquez : aussi la regle est qu'en ce qui concerne la succession future de quelqu'un, sa volonté est ambulatoire jusques à sa mort. Ce que Maistre Charles du Molin nous a marqué, comme un point de nostre Jurisprudence, lorsqu'il a dit, sur l'article 8. de nostre Coutume de Paris, gl. 5. nomb. 53. *in omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, consensus & voluntas ejusdem mutabilis est, & ambulatoria usque ad mortem.* Ce qui doit avoir lieu à plus forte raison à l'égard des dispositions faites par un pere, comme des démissions de biens & de partages *inter liberos*, & des rappels, suivant la Loy *Si filia §. si pater ff. fam. ercisc.* qui dit en cas semblable, *non videri simplicem donationem; sed potius supremi judicii divisionem*, & la Loy *Cum de bonis 11. C. de donat.* qui dit, *Non est incerti juris in eum, qui in sacris familia tua remanet, destinatione magis paterna voluntatis factam, quam perfectam donationem pervenisse.* Constant est de contraire avis sur l'article 221. de la Coutume de Poitou, & croit que quand le rappel est fait par forme de donation entre vifs, il est irrevocable : ce qu'il prétend avoir esté jugé par deux Arrests, l'un du 2. Mars 1596. rendu en la Quatriéme des Enquêtes, au rapport de Monsieur de Vertamont, entre Jean Paillier appellant, & Martiale Paillier femme de Martial Vereron intimée; & l'autre dans la Cause d'un nommé Morrellon, dont il ne rapporte point la date, mais qu'il dit avoir esté rendu aprés que le procés eut esté partagé jusques à trois fois, & que Monsieur Robert estoit Rapporteur, & Monsieur le Nain premier Compartiteur: Mais Maistre Julien Brodeau qui rapporte ce dernier Arrest sur la lettre R. de Monsieur Loüet, nomb. 9. Arr. 11. dit, qu'il jugea tout au contraire, que le rappel avoit pû estre revoqué par le pere, quoiqu'il eût esté fait par un acte en forme de donation entre-vifs.

15. Si le rappel fait par une donation entre-vifs est irrevocable.

Que si une fille ayant renoncé par le contrat de son premier mariage, estoit rappellée par le contrat de son second mariage, il est sans difficulté qu'un tel rappel, qui vaudroit *per modum successionis*, dans la Coutume de Paris, seroit irrevocable, comme tenant de l'institution contractuelle.

Que si le rappel estoit fait en presence de deux témoins sans acte par écrit, il seroit difficile d'en établir la validité, à cause de l'Ordonnance de Moulins, & de l'art. 2. du tit. 20. de l'Ordonnance de 1667. qui impose la necessité de faire des actes par écrit pour tout ce qui excede la valeur de 100. livres, & c'est l'explication qu'il faut donner aujourd'huy à cette Note de Maistre Charles du Molin, en disant, que cette declaration dont il parle, doit estre un acte par écrit: Aussi, dit-il, *dummodo constet*.

3. Par quel acte un rappel *extra terminos juris* doit estre fait. Ce qui vient d'estre dit doit avoir lieu, soit que le rappel se fait en ligne directe, soit qu'il se fasse en ligne collaterale, pourvû qu'il se fasse *intra terminos juris*. Que si l'on fait un rappel hors les termes de Droit, comme celuy d'un arriere-neveu; en ce cas, parce que ce n'est point un rappel, mais un legs, il faut un testament, & une simple declaration pardevant Notaires ne suffit pas. Et c'est ainsi, à mon avis, qu'il faut entendre la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'article 6. du titre 4. des Successions de la Coutume de Leuroux & Bouges. Il en est de même du rappel de la fille excluse par sa dotation dans les Coutumes, comme celle de Bourbonnois & Auvergne, ou à moins que la reserve n'ait esté faite par son premier contrat de mariage, le rappel ne se peut faire que *per modum legati*, si ce n'est du consentement des interessez: car tel rappel ne doit pas estre fait par un simple acte, quoiqu'il soit d'une fille, & par consequent plus naturel & dans les termes de droit. Aussi ces Coutumes disent simplement que l'on peut leguer à cette fille à laquelle on n'a pas fait de reserve par le contrat de son premier mariage, ou qui n'est pas au moins rappellée du consentement de ses freres, c'est-à-dire, que l'on peut faire un testament en sa faveur.

Il faut excepter de ce qui vient d'estre dit, certaines Coutumes qui reçoivent la donation pour cause de mort pour un troisiéme genre de donation; comme celle de Nivernois titre des Donations art. 4. 5. & 6. car dans ces Coutumes l'on n'est point assujetti aux formalitez d'un testament, ou d'une donation entre-vifs, pour faire le rappel d'une personne, qui soit audelà des termes de representation; mais ce rappel peut estre fait dans une donation pour cause de mort, & vaudra en qualité de legs.

4. Du consentement des interessez. A l'égard du consentement des interessez, c'est-à-dire, des enfans, ou des freres regulierement il n'est pas necessaire: car si le rappel se fait en ligne directe, il n'y a rien de plus juste, que de permettre à l'ayeul de rappeller ses petits-fils, qu'une Loy trop dure a exclus de sa succession: & on permet bien plus au pere dans la matiere des renonciations à successions futures, puisqu'on luy donne le pouvoir de rappeller & de faire renoncer non seulement à sa propre succession; mais à celle de ses autres enfans, sans qu'il soit tenu de demander leur consentement: que si le rappel se fait par un oncle, il a une faveur approchante: car l'oncle tient lieu de pere. *Idem apud avunculum, qui apud parentes honos*, dit Tacite dans sa Germanique, & la representation du neveu au défaut de laquelle vient ce rappel, est du dernier Droit. Aussi la Coutume de Blois, article 139. en parlant de ce rappel qu'elle permet en ligne collaterale, dit, *ce qu'ils pourront faire sans y appeller aucuns de leurs heritiers presomptifs*.

☞ Enfin, les heritiers ne se peuvent pas rappeller sans le consentement de celuy *de cujus*, par la regle generale, confirmée par un Arrest du 1. Juillet 1620. qui est dans Brodeau lettre R. nomb. 9. Arr. 10. V. aussi le nomb. 7.

5. Le rappel n'est point sujet à acceptation. Enfin, cet acte, quoique conçû en forme de donation entre-vifs, n'est point sujet à acceptation de la part de celuy que l'on rappelle: parce que c'est toujours une donation testamentaire.

6. Coutumes où le rappel doit estre fait du consentement des interessez. Il y a pourtant quelques Coutumes, où le rappel qui repare au profit des neveux le défaut de representation, ne peut estre fait que du consentement de tous ceux qui y ont interest. Et c'est la disposition précise de la Coutume de Montargis, chap. 15. des Successions, art. 8. Et il faut dire de ce consentement ce qui a esté dit cy-dessus en cas semblable, qu'il n'est point revocable: si ce n'est que les interessez l'eussent presté en minorité, mais que c'est à l'oncle qui a rappellé à revoquer son rappel, ce qu'il peut sans le consentement de ces interessez. Maistre Charles du Molin, sur l'article 249. de l'ancienne Coutume d'Orleans. Comme aussi il suffit d'un consentement tacite, tel que celuy qui s'induit de la presence des interessez à l'acte de rappel, & pourvû qu'ils ne se soient point opposez estant presens, ils sont censez avoir consenti, parce que ce rappel des neveux est favorable. Ce n'est pas comme le consentement des heritiers présomptifs à des Lettres de legitimation, portant clause de succeder, lequel doit estre exprés & par écrit, ni comme le consentement des coheritiers dans une Coutume où l'on ne peut avantager un des heritiers, sans le consentement des autres, comme à Vitry: ces actes n'estant pas si favorables.

Il n'importe pas non plus dans la Coutume de Montargis, que les interessez consentent à un rappel qui se fasse par testament, ou un rappel qui se fasse par donation entre-vifs; & comme ce rappel est favorable, l'on ne va pas s'imaginer qu'il soit l'effet de l'impression & de la crainte, comme lorsqu'il s'agit d'un consentement presté par des heritiers présomptifs à des avantages faits par un testament à une femme, ou à un Medecin, ou à autre personne prohibée; ces avantages n'estant pas favorables.

Enfin, l'on interprete cet article 8. du chapitre 15. de la Coutume de Montargis, si favorablement pour ceux qui peuvent estre rappellez, que si le rappel leur manque, à cause que les plus prochains refusent leur consentement, celuy des biens duquel il s'agit les peut recompenser par des legs. Ainsi l'on juge que ce consentement n'est requis que pour les faire venir à la succession, & non pas pour leur faire des legs. Brodeau sur la lettre P. de Monsieur Loüet, nomb. 24.

7. Rappel de concert entre les heritiers présomptifs au profit de leurs enfans sans le consentement de celle *de cujus bonis*. On a autorisé autrefois un rappel concerté entre plusieurs freres au profit de leurs enfans, sans le consentement de celle à la succession de laquelle il estoit fait, qui estoit une sœur. Et il y en a un Arrest rendu pour la Coutume de Senlis, le 8. Mars 1650. sur les Conclusions de Monsieur l'Avocat General Bignon. Mais cet Arrest qui est rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, en son Traité de la Representation & du rapport, chap. 5. fut rendu sur des circonstances particulieres, dont la principale estoit, que celle *de cujus bonis*, estoit tombée en démence lors de ce rappel.

8. Si le rappel permis indéfiniment par une Coutume, a lieu pour toute sorte d'heritiers. L'on demande encore si le rappel estant permis indéfiniment par une Coutume, il aura lieu en collaterale pour toute sorte d'heritiers: par exemple, si celuy qui aura des neveux pour heritiers, pourra rappeller des arrieres-neveux pour succeder avec ses neveux? Ce qui a esté proposé pour la Coutume de Blois, laquelle en l'art. 139. dit qu'*en ligne collaterale representation n'aura lieu, si elle n'est accordée par celuy ou ceux de la succession desquels est question, ce qu'ils pourront faire sans y appeller aucuns de leurs heritiers*

DDdd

image
not
available

gratitude des enfans, pour recevoir d'eux ce respect indispensable : *meritis enim magis filios ad paterna obsequia provocandos*, dit la Loy *Si quando 35. §. illud C. de inoffic. testam*, ou au moins de nous en rapporter aux peines de l'Ordonnance, qui punit si severement le mépris des enfans, qui manquent à de si justes devoirs, puisque dans ces Coutumes qui n'admettent point de representation, la reserve se peut omettre dans le contrat de mariage du fils le plus obeïssant du monde.

On rapporte encore une autre raison pour autoriser ces dispositions, qui est, que le fils est consideré par ces Coutumes, comme plus propre au service de la guerre, que non pas les petits-fils. Mais cette raison politique doit-elle oster la vie à des petits-fils, ne sont-ils pas même necessaires pour succeder à leur tour aux fonctions de la guerre, & ne doit-on pas avoir soin d'élever & de conserver des neveux pour le champ de Mars, où les hommes durent si peu?

11. Ancien usage pour la communication des rappels. Aussi nostre opinion pour la communication des rappels en directe, estoit si fort d'usage du temps de Maistre Charles du Molin, qu'il regarde la disposition de l'art. 140. de la Coutume de Blois, comme extraordinaire, & dit sur cet article: *ista est mirabilis potestas uni soli ex sua cellula, vel uni ex pluribus cellulis gratificandi*, & sur l'art. 139. de la Coutume de Senlis, il marque que dans l'ancienne Coutume qui n'admet point de representation, non pas même en ligne directe, la reserve faite au profit d'un des enfans, avoit le même effet, que si elle estoit faite au profit de tous les autres. *Et reservata uni filiorum, videbatur reservata omnibus*, & rapporte un Arrest de 1541. lequel avoit jugé, qu'un fils, à qui le pere n'avoit point fait de reserve pour ses enfans en le mariant, estant prédecedé, & le pere ayant ensuite fait une reserve au profit d'un autre fils, pour les enfans qui viendroient de son mariage, & ce dernier fils estant aussi decedé: enfin, le pere estant mort aprés ses deux fils, tous les petits-fils estoient appellez à la succession.

☞ Il faut pourtant prendre garde que le rappel d'une branche en ce qu'il est communicable à l'autre, ou que le rappel d'un petit-fils d'une branche, en ce qu'il est communicable aux autres petits-fils de la même branche, est toûjours revocable, c'est-à-dire, que les autres branches ou les autres petits-fils ne participent au rappel que quand le pere n'ordonne rien de contraire pendant sa vie. Car comme ils n'y participent que *ex præsumpta voluntate*, la volonté expresse prévaut à la volonté tacite, & le rappel présumé n'étant point fait par le contrat de mariage de ces autres branches ou de ces autres petits-fils; mais resultant seulement du rappel exprés, ou de la branche, ou de l'enfant rappellé par un contrat de mariage, est censé un acte testamentaire à leur égard, & compris dans la maxime qui dit, que *in omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, voluntas ejusdem mutabilis est ac ambulatoria usque ad mortem*. Ensorte que le rappel exprés se communique, mais non pas avec sa qualité d'acte irrevocable. Ce qui est décidé par les Coutumes de Bourbonnois & de Nivernois, où pareilles dispositions ne sont declarées irrevocables qu'à l'égard des personnes mariées & leurs descendans.]

12. Que les rappels ne sont pas communicables en collaterale. A l'égard de la ligne collaterale, le rappel n'y est pas si communicable, ni d'un neveu à ses freres, ni d'une branche à une autre branche. ☞ Il y en a un Arrest dans le Vest, Arr. 124. rendu pour la Coutume de Montargis.] Neanmoins pour le peu qu'il paroisse que l'esprit de celuy qui a fait le rappel, ait incliné à l'égalité, on la doit observer, mais comme il faut executer de même sa volonté, s'il n'a pas entendu étendre son rappel audelà de la personne rappellée, ordinairement cette communication de rappel n'a pas lieu en collaterale: car la seule préference d'une entre plusieurs cellules, ou d'une personne entre plusieurs d'une même cellule, marque assez dans cette ligne, que le testateur n'a voulu favoriser que la cellule ou la personne.

L'on a demandé si le rappel peut encore avoir effet aprés qu'il n'y a plus de sujet de vouloir venir par representation, ce qui s'est proposé dans cette espece. Un particulier domicilié à Senlis ayant deux freres vivans, & des neveux enfans des deux autres freres, qui estoient prédecedez, rappelle une des deux branches de neveux, sans rappeller l'autre branche, & decede, laissant un testament, par lequel il fait un legs à l'un de ses freres. Aprés son decés les deux freres renoncent, celuy qui n'estoit point legataire renonce purement & simplement, comme estant dans de grands emplois, & laissant volontiers à sa famille le profit de cette succession, & celuy qui estoit legataire renonce en se tenant à son legs. Les choses en cet état, les neveux qui ne sont pas rappellez, demandent aux neveux rappellez partage de la succession. Les rappellez soutiennent au contraire qu'ils doivent exclure leurs cousins au moyen du rappel, qui les a fait monter d'un degré & en la place de leur pere, parce qu'il a l'effet de la representation, *in patris sui locum succedere*, dit la Novelle 118. chap. 1. d'autant plus, qu'il est fait dans les termes de Droit. Ils disent aussi que ce rappel ne doit point estre communiqué à leurs cousins, suivant les principes qui viennent d'estre établis. Ils ajoûtent que la renonciation de leurs oncles leur profite, puisque l'un d'eux renonce moyennant un legs, qui équipolle vray-semblablement à sa portion hereditaire, sans quoy il ne renonceroit pas, & qu'en beaucoup d'autres cas, qui ont esté rapportez au chapitre 5. de la Representation, sect. 3. celuy qui renonce moyennant un legs, est consideré comme heritier. 13. Si le rappel a encore effet aprés qu'il n'y a plus de sujet de vouloir venir par representation.

Raisons pour les neveux non rappellez.

Les neveux non rappellez soutiennent au contraire, qu'il est bien vray que l'effet de la representation, & par consequent du rappel, qui vient au défaut de la representation, est de faire monter d'un degré celuy qui represente, mais cet effet cesse en collaterale entre cousins germains, où il n'y a plus sujet de representation, ni par consequent de rappel. Ce seroit étendre la fiction audelà de ses bornes, & la faire survivre au sujet pour lequel elle est faite, que de vouloir qu'un oncle ayant rappellé ses neveux d'une branche, pour les faire succeder avec ses freres qui les auroient exclus faute de representation, selon la Coutume, ce rappel & cette representation ainsi consentie, eût lieu, lorsque les freres ne sont plus en état d'exclure les neveux, au moyen de la renonciation qu'ils ont faite. Cependant il est des regles que la fiction ne survit point à sa cause & à son objet : ce qui se verifie dans les stipulations de propres, où les deniers réalisez estant parvenus aux dernieres personnes, en faveur de qui les réalisations ont esté faites, reprennent leur ancienne nature de deniers mobiliers. En un mot, le rappel n'a plus d'effet que la faculté de representer : or il n'y a plus de representation en

image
not
available

rappellé, seroit un troisiéme heritier pour partager les quatre quints des propres avec les deux neveux, & à leur préjudice, ce qui estoit prétendu par le legataire universel, ou s'il viendroit comme un legataire universel au partage par moitié du legs universel: ce que cette arriere-neveu conjointement avec les autres neveux, qui avoient en cela le même interest, soutenoit devoir avoir lieu.

Raisons pour les neveux, & l'arriere-neveu.

Les neveux soutenoient, que cet arriere-neveu estant *extra terminos juris*, ne pouvoit point se dire heritier, ni diminuer leurs parts & portions, mais bien se dire legataire universel au préjudice de l'autre legataire universel, qui avoit esté précisément nommé par le testament, & qu'il estoit de la regle en ces matieres, que pour sçavoir si le rappellé qui estoit *extra terminos juris*, devoit venir comme heritier, ou comme legataire, l'on consultoit l'interest & le suffrage des heritiers, qui le recevoient comme heritier, si les meubles & acquests & le quint des meubles excedoient sa part hereditaire, ou comme legataire universel, s'il y avoit moins dans le legs universel, que dans la portion hereditaire qu'ils auroient pû laisser au rappellé, parce qu'il estoit libre aux heritiers présomptifs d'executer la disposition du défunt comme elle estoit, & par consequent d'admettre le rappellé en qualité de leur coheritier, ou de se prévaloir de ce qu'estant *extra terminos juris*, il ne pouvoit venir comme heritier, mais seulement *per modum legati*. Ainsi trouvant leur avantage à le renvoyer sur les meubles & acquests & le quint des propres, ils avoient droit de le soutenir legataire, & non heritier.

Raisons du legataire universel.

D'un autre costé, le legataire universel qui prétendoit que cet arriere-neveu devoit partager les quatre quints, comme declaré heritier par le testament du défunt, fondoit sa prétention sur la volonté du défunt, qui faisant un legataire universel, & rappellant un neveu, n'avoit pas prétendu que l'heritier rappellé fût legataire, ni qu'il partageât le legs universel, dont la moitié excedoit beaucoup la part d'un des heritiers: Que si on laissoit au choix des heritiers de faire venir le rappellé *extra terminos juris*, par forme de legs ou de succession, cela estoit bon au cas que cela ne se fist pas *in necem tertii*, mais qu'ils ne devoient pas avoir la faculté de faire un second legataire universel au préjudice d'un premier, à qui le défunt avoit legué expressément tous ses meubles & acquests, & le quint de ses propres, & à qui il n'avoit point voulu associer aucun collegataire, ayant desiré au contraire, ajoûter un nouvel heritier qui estoit de sa famille, au nombre de ses présomptifs heritiers.

Décision de la question.

Au milieu de ces deux partis, il y en a un qui semble fort juste, qui est de considerer le rappellé comme un legataire de la part afferante, qu'il auroit euë, s'il avoit esté dans le degré superieur, & d'obliger le legataire universel de luy fournir cette part aux depens de son legs universel: car par ce moyen l'on n'excede point la disposition du défunt, en tant que l'on donne au rappellé sa part afferante seulement, & on ne l'associe pas à un legs universel, dont la moitié auroit peut-être monté au centuple de sa part afferante dans la succession, comme aussi l'on ne blesse point les droits des heritiers *ab intestat*. Enfin, comme ce rappellé est *extra terminos juris*, on luy donne à titre de legs seulement, la part que le défunt a voulu qu'il eût dans la succession, & l'on conserve dans ce temperamment & les regles, & les doits de toutes les parties. En effet, il ne seroit pas juste qu'un arriere-neveu, qui ne peut venir que par forme de legs, quand les plus prochains heritiers le demandent, vinst donner atteinte à leurs reserves coutumieres, & que d'un autre costé le testateur ne l'ayant pas fait legataire universel, mais ayant seulement usé du mot de *rappel*, il vinst partager par moitié tous les meubles & tous les acquests, & le quint des propres, avec une personne que le testateur a nommé son seul legataire universel, l'un seroit contre la disposition de la Coutume, & l'autre, contre l'intention du testateur: au lieu que nostre décision s'accommode à l'une & à l'autre, en considerant l'arriere-neveu comme legataire d'une part hereditaire à prendre sur le legs universel.

Que si le rappel est fait par une donation entre-vifs, d'une personne qui est *extra terminos juris*, les heritiers présomptifs ne sont pas obligez de luy abandonner tout ce que le défunt pouvoit donner entre-vifs, ou une portion hereditaire: car le rappel, quoique fait par une donation entre-vifs, est toûjours une donation testamentaire: & il n'est pas nouveau qu'un acte, qualifié donation entre-vifs, n'ait que l'effet d'une donation pour cause de mort revocable & reductible. De même que dans nostre usage une institution d'heritier ne subsiste que comme un legs, & que si quelqu'un estant au lit malade, fait une donation qu'il qualifie entre-vifs, elle ne vaut neanmoins que comme testamentaire, mais la difficulté est de sçavoir, si cette donation peut avoir lieu comme legs; sans avoir les so malitez prescrites par la Coutume pour les donations testamentaires, contre la disposition de la Loy 1. *C. de jure codicill.* qui dit, que si on a voulu faire un testament, & qu'on ait manqué aux formalitez, la volonté ne vaut pas par forme de codicille, si la clause codicillaire n'est dans le testament, & contre celle d'un ancien Arrest, rapporté par Maistre René Chopin, sur la Coutume de Paris, liv. 2. tit. 3. nomb. 5. qui jugea, qu'une donation faite par un hydropique, qui deceda deux jours aprés, estant qualifiée entre-vifs, & ne pouvant subsister en cette qualité, demeuroit nulle, faute d'avoir les formalitez d'un testament. Cependant comme l'on se porte aujourd'huy par une interpretation favorable, (telle que celle dont il est parlé dans la Loy *Ex hac scriptura ff. de donation.* où l'on donne effet à une donation, qui n'est, à proprement parler, ni entre-vifs, ni testamentaire) à executer comme legs, ou au moins, comme donations pour cause de mort, les donations qualifiées entre-vifs, qui sont faites par personnes malades de la maladie dont elles decedent, j'estime que ces sortes de rappels, faits *extra terminos juris*, & qualifiez entre-vifs, doivent aussi valoir en qualité de legs & de donations testamentaires. ☞ Aussi un tel rappel quoique fait par donation entre-vifs, & stipulé irrevocable, est-il toûjours sujet à revocation: nous en avons un Arrest du 27. May 1582. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 3. chapitre 16.]

10. Le rappel fait *extra terminos juris*, quoique par donation entre-vifs, n'est qu'un legs.

Il n'en est pas de même si le rappel estant ainsi d'une personne hors des termes de representation, se trouve fait par une simple declaration, &

11. *Qu'il* si le même rappel est fait par

image
not
available

seroit trouvé ni institué, ni desherité. En effet, outre que cela n'est point de nostre Droit, & que parmy nous le testament peut subsister, sans que le fils y soit institué, ou desherité, au fond il n'y a pas grand inconvenient qu'un testament que la colere du pere a formé, soit rompu par la reconciliation du pere & du fils qui dissipe le ressentiment du pere, & le foudre qu'il s'estoit formé. Ce n'estoit qu'à Sparte où l'on dépeignoit les Dieux toujours armez de leur foudre, & un Peintre trop flateur ayant representé Alexandre avec le foudre en main, il y en eut un autre plus juste & plus judicieux, qui se contenta de luy donner une épée, comme une arme qui n'agit pas toujours, & qui est capable, s'il faut ainsi dire, de quelque espece de discernement. C'est pourquoy comme on a trouvé qu'il y avoit une extrême rigueur dans la disposition du Droit, qui vouloit que le fils ayant esté desherité par un testament solemnel, ne pût estre rappellé que par un testament aussi solemnel, & que toute autre revocation fût insuffisante; aussi l'on juge, dans les Provinces même de Droit écrit, qu'une bonne reconciliation suffit pour cette revocation. Mais la difficulté est de sçavoir ce qui se peut appeller en cette matiere une bonne reconciliation.

5. Quelle reconciliation il faut pour induire le pardon, & le rappel de l'exheredation.

J'estime donc qu'il faut tâcher de penétrer dans les intentions du pere, lequel peut rappeller son fils à ses bonnes graces, pour mettre en repos sa propre conscience, sans avoir dessein de le rappeller à sa succession; ce qui arrive souvent dans les reconciliations, que l'on fait à l'article de la mort, & qu'ainsi cela dépend des circonstances. Il y a une Loy sur ce sujet dont la disposition semble un peu rigoureuse, c'est la Loy *Filio quem paterff. de lib. & posth.* où il est dit, que si le pere, aprés avoir exheredé son fils, vient à le vouloir adopter, cette adoption estant nulle; parce qu'un pere ne peut pas adopter son veritable fils, elle ne luy profitera pas même pour la revocation de l'exheredation: Mais la rigueur de cette Loy est fondée, à mon avis, sur cette autre disposition que nous venons de rapporter, qu'un testament solemnel, qui contenoit une exheredation, ne pouvoit estre revoqué que par un testament aussi solemnel: Et c'est ainsi que cette Loy est expliquée par Alexandre, liv. 7. conf. 159. Encore que Maistre Charles du Molin sur ce conseil, prétende qu'elle soit fondée sur une autre raison. Quoy qu'il en soit, si l'on s'éloigne de la rigueur de cette Loy, comme Grassus le conseille assez au §. *testamentum qu. 42. n. 12.* il faut au moins examiner si le pere a rendu à son fils le cours & l'effet de ses affections, comme s'il l'a logé chez luy, ou au moins s'il a souffert ses assiduitez & ses respects journaliers, auquel cas il semble que le pere n'a pas persisté dans l'exheredation, & que s'il n'avoit pas esté prévenu par la mort, il l'auroit revoquée plus expressément, parce que de pareilles circonstances justifient que le cœur du pere s'est attendri, & que *offensus clementia flexit*, comme dit cette Loy *In ipsius 5. C. fam. ercisc.* Mais si un Confesseur a exigé la benediction d'un pere sur un fils exheredé, ou s'il l'a obligé de recevoir une simple visite de ce fils, il ne s'ensuit pas toujours que l'exheredation soit revoquée, parce que si cela avoit lieu, quiconque feroit profession du Christianisme, n'auroit pas la liberté d'exhereder son fils avec effet, quoique pour une juste cause, ni de poursuivre aucune reparation civile: En quoy il faudra encore observer, 1. la qualité de l'injure. 2. Si l'injure regardoit plus le pere que le fils, comme si le fils avoit attenté à la personne du pere, auquel cas il faut estre plus exact sur les conditions de la revocation. Nous avons un Arrest dans nos livres vulgairement appellé *l'Arrest de Riolam*, lequel semble suivre un assez juste temperamment. Car Riolan fils ayant merité, par un mariage indigne, d'estre desherité par ses pere & mere, & ayant esté presenté à son pere mourant par le Curé de sa Paroisse, qui demanda pour luy la benediction paternelle, l'on jugea par cet Arrest, que cette reconciliation ne suffisoit pas pour revoquer l'exheredation du pere, au contraire le même Riolan ayant assisté depuis sa mere pendant trois semaines de maladie, l'on jugea que ces services assidus avoient déraciné du cœur de la mere toute sorte de ressentimens, & qu'elle luy avoit donné en mourant une benediction pleine & absoluë, qui le rendoit capable de venir à sa succession: & l'Arrest, qui juge l'un & l'autre chef, est du 27. Avril 1660. & se trouve dans le Journal des Audiences. ☞ Il y en a un semblable dans Peleus, question 24.]

6. Arrest de Riolan.

Le pardon accordé par le pere à l'occasion d'une entrevûë, semble d'un grand poids pour faire présumer qu'il a voulu revoquer l'exheredation. Ce terme dit beaucoup en la bouche d'un pere dont les affections sont sinceres: & quand on voit que la nature s'explique par cet organe, & fait proferer à un pere un terme aussi favorable, & aussi general que celuy-là, personne a-t-il droit de donner à ce mot quelque sinistre interpretation? Mais le fils se trouvant à un banquet public, de plus le pere estant obligé de baiser son fils dans des reconciliations publiques qui se font à l'Eglise par l'ordre des Pasteurs, il ne s'ensuit pas de ces deux rencontres qu'une exheredation soit revoquée, & que le pere ait accordé un pardon absolu, *quia*, dit Faber, sur le §. dernier des Instit. *de injur. ex quadam honestatis necessitate habuit hoc facere, & non potuit salva honestate refutare.*

7. Du pardon dans l'entrevûë.

Enfin, il faut que l'action, dont on infere une revocation tacite, ait eu le temps de déraciner du cœur du pere les justes ressentimens qui avoient formé l'exheredation, & de creuser, s'il faut ainsi dire, une remission pleine & absoluë. C'est pourquoy si le fils commet peu aprés de nouvelles offenses contre son pere, l'exheredation n'est pas présumée revoquée, & c'est l'espece d'un Arrest du 29. Janvier 1615. rapporté par Monsieur le Bret, liv. 1. décis. 1. ce qui ne fera pas une nouvelle exheredation: car elle devroit estre faite expressément; mais cela fera présumer, que le pere connoissant l'inconstance de son fils, ne se sera pas relâché si aisément de l'exheredation qu'il avoit prononcée contre luy.

8. *Quid* si le fils commet peu aprés de nouvelles fautes.

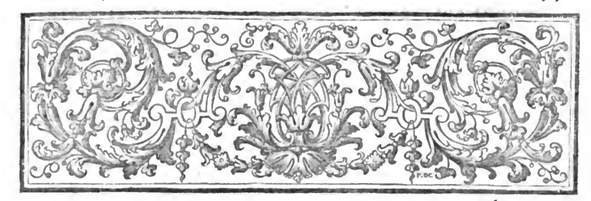
Que si le fils exheredé a rendu à son pere quelque important service, comme s'il luy a sauvé la vie, ou la liberté depuis son exheredation, en ce cas, si le pere prévenu par la mort, n'a pas declaré expressément qu'il revoquoit l'exheredation, le Magistrat la peut revoquer *ex præsumpta voluntate patris*, ayant en cela moins d'égard aux sentimens de la colere du pere, qu'à la gratitude qu'il doit à de tels services. C'est *merces eximii laboris.*

9. Si le pere qui a desherité son fils, reçoit de luy quelque important service.

Enfin, si le pere qui a desherité son fils s'avise de le poursuivre en Justice, pour avoir reparation de la même injure qui a donné lieu à l'exheredation, & qu'il luy fasse subir quelque peine, il est présumé luy remettre son exheredation, parce que *non bis in idem:* & dés que le pere s'est soumis à l'arbitrage du Juge, il a renoncé à sa jurisdiction domestique, & au droit qu'il avoit de punir son fils pour ce délit particulier. Ce qui dépend neanmoins des circonstances, & ne doit avoir lieu que

10. Si le pere poursuit son fils en Justice aprés l'avoir desherité.

image not available



TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

LIVRE QUATRIÉME.

CHARGES DES SUCCESSIONS.

CHAPITRE PREMIER.

DES PARTAGES.

SOMMAIRE.

1. *Si l'on doit présumer que des heritiers qui ont joüi divisément de certains heritages pendant dix années, ont fait un partage.*
2. *Resolution pour la negative.*
3. *Exception.*
4. *Si un pere ou un autre peut défendre le partage à ses heritiers.*
5. *Raisons de douter.*
6. *Resolution que le partage ne se peut défendre indistinctement.*
7. Quid *si la défense du partage est limité à un certain temps.*
8. *Du partage fait par le pere entre ses enfans.*
9. *Dispositions de Coutumes sur cette espece de partage.*
10. *Si ces partages ont la même faveur dans les Coutumes qui n'en disposent pas.*
11. *Distinction entre un partage, où un pere a eu l'égalité pour objet, & un où il a usé de prédilection.*
12. *Que tel partage est toujours revocable.*
13. *Exception.*
14. *Si une démission & un partage fait par un pere dans le contrat de mariage de l'un de ses enfans, est irrevocable à l'égard des autres.*
15. *Resolution pour la negative.*
16. *Divers exemples.*
17. Quid *si le pere a promis l'égalité.*
18. *Si une famille privée se peut faire des Loix particulieres pour le partage des successions.*
19. *Des heritiers qui refusent partage à leurs coheritiers.*
20. *De la diminution des biens arrivée durant l'induë joüissance.*
21. *Des hypoteques creées par chacun des heritiers avant le partage.*
22. *Des baux en attendant partage.*
23. *Des partages provisionnels.*
24. *Si un mineur peut provoquer un partage.*
25. *Si le partage provisionnel exempte toujours de la restitution des fruits.*
26. *L'Inventaire doit estre communiqué.*
27. *Des meubles qui sont en diverses maisons.*
28. Quid *s'il se trouve des Livres défendus.*
29. *De la licitation.*
30. *Principal inconvenient de l'indivis.*
31. *La premiere condition de la licitation est, que la chose soit indivisible.*
32. *La seconde est, que la vente soit publiée par affiches.*
33. *Si quand on admet les étrangers, on doit préferer les heritiers.*
34. *Si la licitation d'un immeuble de succession fait un propre ou un acquest.*

Raisons pour montrer qu'elle fait des propres.

35. *Si le privilege de la soulte de partage est sur le total de l'heritage qui la doit; ou sur partie seulement.*

Raisons pour le privilege sur le total.

Resolution pour le même parti.

36. *Si on peut stipuler une unique soulte, pour plusieurs successions, & qui soit privilegiée pour le tout sur chacun des effets de ces successions.*

image
not
available

Or supposé qu'il y ait de l'inégalité dans la jouïssance des coheritiers, comme il est necessaire de le supposer; parce que sans cela ils continueroient de joüir, comme ils ont commencé, l'on peut dire que l'heritier qui possede quelque chose de plus que ce qui luy appartient pour sa part afferante, est sans aucun titre à l'egard de cet excedant: car son titre d'heritier ne luy donne occasion que de posseder sa part & portion, & il est étranger à l'égard de la portion des autres: Que si l'on dit que le titre *pro herede*, est un titre d'usucapion, c'est pour les choses que l'on croyoit estre, mais qui ne sont pas veritablement de la succession; mais ce titre ne donne pas lieu à un coheritier de prescrire la part de son coheritier. D'ailleurs, il est établi que l'action en partage dure trente ans, & il n'est dit en aucun endroit, que celuy qui joüit par avance d'une partie des choses qui luy doivent revenir par l'effet de cette action, soit exclu aprés dix ans de l'intenter pour le residu. En un mot; il n'y a que le tiers détempteur qui se puisse servir contre l'heritier, de la prescription de dix & de vingt-ans, pour l'empêcher de revendiquer les choses qui luy appartiennent. Et c'est à l'heritier à veiller sur luy à cet égard; mais cette prescription n'a pas lieu entre coheritiers.

Aussi quoique nous venions de dire que Bartole avoit tant recommandé la glose de la Loy *Si major C. communi divid.* l'on voit d'autre costé, que Balde observe sur ce même endroit, que l'usage ne s'accorde pas avec cette glose, & Maistre Antoine Mornac sur la Loy *Non ideo C. fam. ercisc.* rapportant cet avis de Balde, ajoûte que c'est celuy de la Cour, *quod ita Senatus de more:* ☞ Aussi il y en a un Arrest du 19. Juin 1557. rapporté par Charondas en ses Observat. sous le mot Partage, & un du Parlement de Toulouse dans Ferier sur la qu. 289. de Guy Pape.] Ce qui se peut encore appuyer de la disposition de l'article 275. de l'ancienne Coutume de Bretagne, qui porte, *Nulle longue tenue nuit entre freres & sœurs vivant, & ne leur porte préjudice quant au fait de leur partage*, sur laquelle Monsieur d'Argentré, glose 1. nombre 4. a dit, *est enim majoris momenti, quam ut actibus tacitis colligi ista renunciatio possit:* Ce qui se trouve en mêmes termes dans Paul de Castres, cons. 179.

3. Exception. Il y a neanmoins quelque exception à faire: car j'estime, que si une possession de dix ou vingt ans estoit soutenuë de quelque projet de partage par écrit, cela pourroit valoir partage principalement entre des Villageois, & la Cour a cette espece à juger dans peu, sur laquelle j'ay écrit, ce que l'on peut appuyer du sentiment de Franciscus Balbus, en son Traité *de praescript. qu. 10. n. 45.* où il témoigne approuver l'opinion de la glose & des Docteurs quand il s'agit de peu.

4. Si un pere ou un autre peut défendre le partage à ses heritiers. L'on peut demander en second lieu, si un pere, ou un autre, peut défendre le partage entre ses heritiers? Et il semble que si cette défense est faite à toûjours, il est mal-aisé de dire, qu'elle doive estre entretenuë. Car c'est stipuler, que les Loix n'auront point lieu dans sa succession, contre la disposition de la Loy *Nemo 55. de legat. 1.* D'ailleurs, la Loy derniere *C. comm. divid.* établit, que personne n'est obligé de vivre toûjours en communauté.

5. Raisons de douter. Cependant l'on peut alleguer contre cela la disposition précise de la Loy *Lucius Titius 78. ff. ad Trebell.* au commencement, & de la Loy derniere §. 8. *Lucius Titius ff. de legat. 2.* Et c'est une même espece, & une même décision qui est copiée mot à mot en ces deux textes, dont voicy les termes: *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem & ex ea filiam emancipatam, codicillis hac verba inseruit. Pertinent autem hi codicilli ad uxorem & filiam. Primum ergo rogo sic inter vos agatis, ut me vivo egistis. Itaque rogo ut quidquid aut ego reliquero; aut quod vos ipsa habetis, commune vobis sit.* Voilà l'espece de ces deux Loix, dont la décision est, qu'il est dû autant à la mere qu'à la fille dans les biens du pere, pourvû que la mere soit preste de mettre en commun ses biens particuliers.

Nonobstant l'induction que l'on veut tirer de ce texte, il faut dire, que le partage ne se peut pas défendre indistinctement entre coheritiers, selon Monsieur Boyer en sa décision 87. & suivant ce qui est dit en la Loy *In hoc judicium 14. §. 2. ff. communi divid.* que l'on ne peut pas même renoncer à partage par une clause précise; si ce n'est pour un temps limité. Et ce qui est porté en la Loy 70. *ff. pro socio*, qu'une societé à toûjours est nulle, ou il faut dire que tous les heritiers ayant un interest opposé à ces défenses, l'on doit présumer qu'elles ne sont qu'un bon conseil dans la pensée du testateur qui aimoit la societé, comme des défenses d'aliener, qui ne sont dirigées au profit de personne, & que l'on ne considere que comme un avis du testateur. *Nudum praeceptum*, dit la Loy *Filius fam. 114. §. divi 14. de legat. 1.* & comme un legs fait pour bâtir une maison, lequel ne fait point condition, selon la Loy *Titio centum 71. ff. de condition. & demonstrat.* Ce sont des choses à executer par les legataires, quand ils y trouvent du profit, & non autrement. Aussi il se rencontre souvent que le testateur a enjoint à ses heritiers de vivre en commun, sans défendre le partage, comme dans l'espece de cette Loy *Lucius Titius 78. ff. ad Trebellianum*, où le Jurisconsulte Scævola dit, qu'il est dû à la mere la moitié des biens. *Respondi, secundum ea quae proponerentur, dimidiam partem deberi, si modo uxor parata sit in commune bona sua conferre.* Ce qui n'est pas une défense précise du partage de la proprieté; mais une injonction de vivre en societé, & de contribuer par égales portions à la dépense. Et c'est ainsi que Bartole explique ce texte sur la Loy *Quintus 7. ff. de ann. legat.* où il dit, qu'encore que l'un des freres, à qui le testateur a enjoint de vivre en commun pendant dix années, ait une plus grande famille que les autres, il ne contribuera pas plus que les autres à la dépense. 6. Resolution que le partage ne se peut défendre indistinctement.

Ce mot de Bartole nous remet dans la seconde partie de nostre distinction, & dans le cas que l'ordre donné par le testateur à ses heritiers, de vivre en communauté, soit limité à un certain temps. Et en ce cas, il faut encore distinguer: car si l'execution de cette clause du testament profite à quelqu'un des heritiers, on doit présumer que le testateur a voulu précisément qu'on l'executât. Et c'est l'espece de la Loy *Si qui ita sint 4. ff. de condition. instit.* Mais si la condition de tous les heritiers seroit en cela à peu prés égale, la clause est un simple conseil, suivant les raisons & les textes qui viennent d'estre alleguez. Quelques-uns même ont prétendu que la convention faite entre coheritiers, de posseder perpetuellement les biens par indivis, n'estoit pas obligatoire, se fondant sur la Loy *In hoc judicium §. si conveniat ff. communi divid.* & c'est l'opinion d'Alex. liv. 2. conf. 18. 7. Quid si la défense du partage est limitée à un certain temps.

La troisiéme question est de sçavoir, si le pere peut regler luy-même avant sa mort le partage des biens de sa succession? Et il est certain que cela est en la faculté du pere, pourvû qu'il ne 8. Du partage fait par le pere entre ses enfans.

image
not
available

nature, ne soit trompée, *ne alioqui alterutri sponsorum illudatur*, dit Monsieur Coras en ses Centuries, chap. 71.

14. Si une démission & un partage fait par un pere dans le contrat de mariage de l'un de ses enfans, est irrevocable à l'égard des autres.

15. Resolution pour la negative.

L'on demande en cinquiéme lieu, si une démission faite par un pere entre ses enfans par le contrat de mariage de l'un d'eux, est irrevocable, non seulement à l'égard de celuy-cy ; mais encore des autres ? Et je me détermine d'abord pour la negative, & j'estime qu'encore que cette démission, ou ce partage de biens, soit irrevocable à l'égard de l'enfant qui aura esté marié, il pourra toûjours estre revoqué à l'égard des autres, ce qui est fondé en raison & en exemples. La raison est qu'un contrat de mariage n'est fait que pour deux personnes, & toutes les autres y surviennent incidemment, & par rapport aux deux conjoints. Tellement que ce qui est un contrat privilegié pour les conjoints, est un contrat à l'ordinaire pour les autres.

16. Divers exemples.

Les exemples sont, qu'encore qu'une donation faite par un contrat de mariage au profit des futurs conjoints, n'ait pas besoin d'une acceptation précise ; neanmoins si des pere & mere donnent non seulement à l'enfant qu'ils marient, mais à un autre ; il est sans difficulté que la donation est nulle à l'égard de celuy-cy, s'il ne l'a valablement acceptée. Il en seroit de même du défaut d'insinuation. Le second est, que par le contrat de mariage d'un enfant, l'on ne peut pas stipuler qu'un autre enfant ne pourra demander compte ni partage. Ce que la Coutume de Paris explique assez, lorsqu'elle dit en l'art. 281. que *pere & mere mariant leurs enfans, peuvent convenir que leursdits enfans, &c.* car par ce mot *que leursdits enfans*, elle marque que la stipulation ne peut estre irrevocable qu'à l'égard de ceux que l'on marie, & non à l'égard des autres. Le troisiéme, qu'encore que ce soit une maxime que les contre-lettres ne valent pas contre des contrats de mariage, neanmoins elles sont bonnes & valables contre des donations faites dans les mêmes contrats au profit d'autres personnes que les futurs conjoints. Le quatriéme, qu'encore que les renonciations à succession future, soient bonnes & valables dans un contrat de mariage : quoique faites par une fille mineure, celà n'a point lieu à l'égard de la renonciation qui est faite dans le même contrat par un frere ou une sœur de la future épouse. Enfin, cela est aussi fondé en dispositions de Coutumes, car il y en a quatre entr'autres qui n'admettent les institutions contractuelles & irrevocables dans les contrats de mariage, qu'à l'égard de la personne mariée, & ses descendans. Nivernois, tit. des Donat. art. 12. Bourbonnois, art. 219. Auvergne, chap. 14. art. 26. Berry, titre 7. art. 7.

17. Quid si le pere a promis l'égalité.

Il faut estre averti qu'il y a neanmoins un cas particulier, où l'on peut douter, si ce qu'un pere promet à tous ses enfans dans le contrat de mariage de l'un d'eux, n'est pas irrevocable à l'égard des autres, qui est lorsqu'il promet de garder l'égalité : car il semble que comme il ne peut pas garder l'égalité à l'un, qu'il ne l'observe à l'égard des autres, cette clause est irrevocable à l'égard de tous les enfans, & neanmoins j'estime que dans la rigueur des regles cette convention n'est irrevocable qu'à l'égard de celuy à qui cela a esté promis par son contrat de mariage : ensorte que l'on ne peut pas avantager les autres à son préjudice, & c'est ce qui a esté jugé par l'Arrest du 14. Avril 1579. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 1. chap. 15. Mais rien n'empêche qu'on ne l'avantage luy-même au préjudice des autres : car cette revocation seroit une contre-lettre à son avantage, qui ne seroit point par consequent défenduë. Et pour les autres où trouveront-ils cette irrevocabilité en leur faveur ; puisque la clause n'a point esté apposée dans leur contrat de mariage ? Et il est inutile de dire, qu'en avantageant celuy qui s'est marié, l'on n'observe pas l'égalité promise ; puisqu'on ne viole cette Loy qu'au profit de celuy pour lequel seulement elle peut estre irrevocable par la faveur de son contrat, & contre ceux pour qui ce privilege de l'irrevocabilité n'est point établi, suivant les principes que nous venons de poser, & qui sont plus amplement expliquez, livre 3. chapitre 2. nomb. 14.

18. Si une famille privée se peut faire des Loix particulieres pour le partage des successions.

La sixiéme question est de sçavoir, si une famille privée, peut par un usage qu'elle observe inviolablement de temps immemorial, se faire des Loix particulieres au sujet du partage des successions, & si cet ancien usage se doit garder au préjudice de ceux de cette famille qui s'en plaignent, & pretendent suivre le Droit commun ? L'on peut supposer, par exemple, que cet usage consiste à partager par testes entre cousins germains de diverses branches, qui viennent à la succession de leur ayeul, ou à admettre le second fils au droit d'aînesse, au préjudice des enfans du fils aîné qui est predecedé. Et il faut dire, qu'un tel usage ne fait point Loy, & ne déroge point pour l'avenir à la disposition de la Coutume, si ce n'estoit une chose que le peuple & les Magistrats eussent approuvée, & qui de Loy particuliere fût devenuë une Loy generale : car il n'appartient qu'à ceux qui ont Jurisdiction de faire des usages & des Coutumes, selon Bartole, sur la Loy 2. *C. quæ sit longa consuet. col. 2.* Au surplus, l'ordre des successions est de droit public, comme il est dit des testamens, en la Loy 3. *ff. Qui testam. fac. j ff.* Les Coutumes domestiques, non plus que les pactions des particuliers, ne peuvent pas déroger aux Loix publiques, selon la Loy *Pacta quæ contra 6. C. de pact.* ni aux Coutumes generales, qui sont fondées sur le consentement universel des trois Etats de la Province, redigé en forme de Loy, & autorisé par le Prince, & l'on peut icy appliquer ce qui est dit en l'Authentique *res quæ C. communia de legat. & fideic. ea enim quæ communiter omnibus prosunt, his quæ specialiter quibusdam utilia sunt, præponimus.* Enfin, les Loix coûtent tant à former, que ce n'est pas sans raison que l'on ne permet pas aisément aux Particuliers de les abolir. C'est pourquoy il est dit en la Loy *Si quando 35. C. de inoffic. testam. neque enim credendum est Romanum Principem qui jura tuetur, totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam velle everti.* Je ne voudrois pas non plus m'attacher à l'opinion de *Rochus de Curte*, sur le chapitre *cum tanto de consuetud. sect. 4. n. 63.* où il dit, qu'à la verité une famille particuliere ne peut pas se faire des Loix & des Coutumes pour tout ce qui est de décision, comme pour exclure les femmes des successions ; mais bien pour ce qui concerne les manieres, comme de partager les charges & les dettes. Car il semble que cela même concerne la décision des causes, aussi-bien que d'appeller ou d'exclure les femmes des successions. Aussi Alexandre est de nostre avis sur la Loy *Si non speciali C. de testam.* Ruinus liv. 1. conf. 208. & liv. 2. conf. 118. Mich. Grass. *§. successio ab intest. qu. 16.* Fernand. Vasq. liv. 1. *de testat. potent. §. 10. n. 217.* Enfin, il y en a même un Arrest du 7. Septembre 1571. appellé *l'Arrest de Montboissier*, rapporté par Maistre René Chopin, sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 1. tit. 2.

necessairement s'en éloigner. La raison qu'il en rapporte, est qu'un creancier n'a pas plus de droit que son debiteur, & que celuy-cy doit estre content de son partage, son indivis luy ayant imposé une necessité précise d'en venir à un partage qui détermine ce qui luy appartient. La consequence, qui s'ensuit de la disposition du Droit, est encore un pressant moyen pour nous en faire éloigner, comme on a fait par les Arrests qui sont dans Monsieur Loüet lettre H. nomb. 11. puisqu'un heritier dissipateur infecteroit tout le bien d'une succession, & tous les lots de ses coheritiers, ce qui produira perpetuellement des garanties, si l'on ne juge que le partage fixe les hypoteques de chacun des heritiers sur le lot qui luy arrive.

Enfin, nous avons une maxime dans nôtre Droit François qui leve toute sorte de difficultez sur ce sujet, qui est que les partages ont tous un effet retroactif; ensorte qu'un chacun des heritiers est reputé avoir eu du moment du decés, ce qui luy est arrivé dans le partage, & n'avoir rien eu, dans ce qui ne luy est pas arrivé par le même partage. Cette maxime dépend d'une autre, qui est fondamentale dans la matiere des successions, que le mort saisit le vif son plus prochain heritier habile à luy succeder, car comme cette maxime s'entend de tout ce qui arrive à chaque heritier, dont il est censé saisi, il faut necessairement que ce soit du jour du decés, parce qu'autrement il arriveroit souvent qu'il ne se seroit saisi qu'à moitié, les accroissemens qui se font au moyen des renonciations, & les dévolutions d'une ligne à l'autre, n'arrivant que depuis le decés. Tellement qu'afin que l'heritier soit censé saisi de tout, il faut necessairement donner au partage un effet retroactif, & tenir l'heritier partagé du moment du decés, de tout ce qu'il a dans l'évenement du partage : or cela estant ainsi, toutes les hypoteques des creanciers particuliers de l'heritier, se reduisent necessairement sur son lot de partage, & elles ne gâtent point ceux de ses coheritiers. Il en est de même des hypoteques des creanciers du mari pour rentes par luy créées avant le mariage. Car quoiqu'elles ayent lieu sur les conquests, neanmoins le partage estant fait, & la femme ayant un conquest pour son partage : les hypoteques se réduisent à ce qui compose le lot du mari ou de ses heritiers, & n'infectent point le lot de la femme.

On observe ce temperamment dans les Coutumes de nantissement, qu'un creancier de l'heritier qui s'est fait nantir avant le partage, sur la portion indivise de son debiteur conserve son hypoteque; quoique l'heritage soit ajugé dans le partage à un autre heritier. Il y en a Arrest du 6. Septembre 1608. dans le Journal des Audiences, livre 1. chapitre 7. C'est ainsi que si un Seigneur feodal ayant saisi feodalement la part indivise, qui appartient dans le fief à un des heritiers, il arrive que dans le partage le fief soit ajugé tout entier à un autre, la saisie feodale qui est réelle, même realissime, ne sera pas ancantie, mais tiendra sur la même part du fief, du Molin sur l'article 1. de la Coutume de Paris, gl. 9. nomb. 43. *Voyez les Additions.*

22. Des baux en attendant partage. Que si en attendant partage, il est necessaire de louer les immeubles de la succession, & que les heritiers ne s'accordent pas sur le choix des Fermiers ou locataires, la plus forte voix des coheritiers doit prévaloir : & s'ils ont un interest égal en la chose, cela dépendra du nombre, si un interest inégal, l'on aura plus d'égard au suffrage de ceux qui auront un interest plus considerable. Car l'on peut appliquer icy les termes de Papinien en la Loy 8. *ff. de pact. majorem esse partem pro modo debiti ; non pro numero personarum placuit.* Enfin, s'ils disconviennent sur la maniere de payer le prix des baux, que quelques-uns veulent estre payé en argent, d'autres en grains & en especes, Papon au même endroit, Arr. 4. prétend, que l'on a préferé le suffrage de ceux qui demandoient que le prix fût payé en argent. Et je ne doute pas que cela ne dût estre suivi, s'il estoit question de faire des baux en l'absence des parties interessées. Mais il semble que quand les parties sont presentes, leur suffrage doit tout décider : & il se peut faire que la plûpart des heritiers ayent interest d'estre payez en especes.

Il y a aussi des partages qui ne se peuvent faire que par provision, comme s'il s'agit de partager les biens de celuy que l'on présume estre décedé à cause de sa longue absence : ce qui ne s'accorde que sous les conditions expliquées au commencement de ce Traité. De même, l'on ne peut faire qu'un partage provisionnel avec un mineur, auquel il a droit de se tenir, s'il luy est avantageux, ou de renoncer, s'ils n'y trouve pas son compte. C'est pourquoy j'estime, que pour rendre cette faculté reciproque, il faut qualifier le partage de simple provisionnel, & stipuler par une clause précise, qu'il sera permis tant aux majeurs qu'aux mineurs, de demander un partage définitif; autrement le mineur se pourra tenir au partage, si le bien qui luy a esté donné, est plus commode, & la faculté ne sera pas reciproque pour les majeurs. 23. Des partages provisionnels.

De plus, il faut que ce soit un majeur qui provoque le partage avec luy, suivant la Loy *Si pupilli 7. ff. de reb. eorum qui sub tut. sine decr. non alien.* & la Loy *Inter omnes C. de præd. min.* La Coutume de Bourges, tit. des partages, art. 1. est conforme à cela, lorsqu'elle dit, que le coheritier pourra demander partage, pourvû qu'il ait 25. ans accomplis. Voyez Tronçon sur l'art. 305. de la Coutume de Paris, & Imb. en son Enchirid. *verb.* mineur pag. 142. cela passe pour maxime, & est d'usage. Mais cela ne me paroist pas sans exception. Car si le coheritier qui est majeur dégrade les biens de la succession, pourquoy le mineur assisté de son tuteur ne pourra-t-il pas demander partage ? Et faut-il, en ce cas, qu'une disposition établie en faveur des mineurs, tourne à leur préjudice ? Que si des associez, qui sont convenus de ne point faire de partage pendant un certain temps, peuvent rompre cette convention, quand quelques-uns d'entr'eux en usent mal, suivant la Loy *Si convenerit 14. ff. pro socio*, pourquoy cela ne seroit-il pas permis au mineur ? Aussi Bartole applique cette Loy même à nostre espece, & dit que ce texte est *utilis ad quæstionem quod pupillus non potest provocare ad divisionem socium, quod intelligitur nisi pupillus habeat socium odiosum vel molestum.* Alexandre vol. 5. conf. 7. n. 16. & 17. est du même avis. Mais en ce cas, il faut une Sentence du Juge de la tutelle, suivant la Loy penultiéme *C. de præd. & aliis reb. min. sine decreto non alien.* 24. Si un mineur peut provoquer un partage.

L'on peut encore demander le si partage provisionnel exempte de la restitution des fruits, celuy des heritiers, dont la condition avoit esté renduë plus avantageuse, quand l'on en vient ensuite à un partage définitif ? Et il n'y auroit déja pas de difficulté à l'égard des majeurs, qui auroient fait un partage provisionnel ; mais le mineur, qui auroit esté lezé dans un partage de cette sorte, pourroit se faire restituer, & obliger ses coheritiers de luy faire raison de l'excedant des fruits : ce qui auroit lieu, encore même qu'il eût continué de joüir depuis sa majori- 25. Si le partage provisionnel exempte toujours de la restitution des fruits.

point précise : Ainsi cette condition ne doit estre apposée à la licitation, qu'à la requisition de toutes les parties.

34. Si la licitation d'un immeuble de succession fait un propre ou un acquest. Pour passer à present aux effets de la licitation, nous nous contenterons, afin de ne pas sortir de nôtre matiere, de parler de cette fameuse question de sçavoir, si la licitation d'un immeuble de succession fait un propre ou un acquest, pour le tout, ou pour partie en la personne de l'heritier adjudicataire ? Dans laquelle, pour me reduire, j'estime qu'elle fait un propre de succession pour le total de l'heritage, soit que l'on considere l'intention des parties entre lesquelles se fait la licitation, soit que l'on ait égard à ce qui se fait actuellement dans la licitation.

Raisons pour montrer qu'elle fait des propres.

L'intention des coheritiers qui licitent entr'eux un immeuble de la succession, lequel ils possedent par indivis, est de faire ou de consommer leur partage, & même on appelle *partage*, non seulement la division actuelle des effets de la succession, mais l'adjudication qui se fait aux heritiers de ces mêmes effets, soit par licitation, ou autrement. Tout le partage, qui peut commencer ou finir par la licitation, n'estant qu'une même affaire, & un même contrat, depuis son commencement jusques à sa fin : d'où il suit que comme le partage, quoiqu'avec soulte, fait des propres, suivant ce qui sera expliqué incontinent, la licitation en fait aussi.

Cette intention de partager en licitant, c'est-à-dire, de faire ou de consommer le partage, se verifie donc par la necessité qu'il y a de liciter pour achever le partage, & ce qui est un moyen necessaire pour achever le partage, est consideré comme un partage par les coheritiers. Ainsi voilà deux propositions constantes. La premiere, que la licitation n'est point, en ce cas, un contrat principal, & qui subsiste par luy-même, mais est un accessoire & une dépendance du partage : La seconde que les coheritiers qui licitent, ont dessein de faire ou de consommer leur partage.

Que si l'on considere à present ce qui se fait actuellement dans cette licitation, l'on conclura encore pour nostre opinion : car l'on ne fait autre chose, qu'oster l'indivis & la communauté d'entre les coheritiers, ce qui ne se peut appeller autrement qu'un partage. *Ista assignatio*, dit Maître Charles du Molin, sur l'article 22. nombre 70. de la Coutume de Paris, *non videtur esse nova mutatio, nec translatio in aliam manum, sed consolidatio in unum ex eis, quæ inter eos quibus est res communis, permittitur.* Et quand une fois l'heritier a le total de l'heritage par l'évenement de la licitation, l'on présume que le tout luy appartenoit dés le commencement : comme l'on dit en matiere d'acquittement de dot, que ce qui a esté donné actuellement en payement de la dot promise, est présumé avoir esté dû, quoiqu'on donne des immeubles, & qu'on eût promis de l'argent.

Que si l'accession & l'alluvion peuvent faire des propres, l'une parce que c'est une union naturelle de la superficie avec le fond, l'autre parce que c'est un accroissement imperceptible, qui est d'autant plus naturel, que tous les corps d'icy-bas reçoivent perpetuellement, ou quelque augmentation, ou quelque diminution, pourquoy la licitation d'un bien hereditaire, ne fera-elle pas aussi des propres, puisqu'il n'est pas moins naturel que plusieurs heritiers licitent un heritage, qu'ils ne peuvent diviser, & qu'un tout, qui est indivisible, se consolide en la personne de celuy qui avoit une part indivise dans le même tout ?

Enfin, l'heritage qui demeure à l'un des coheritiers, dont il paye une soulte de partage, ne laissant pas d'estre reputé, en ses mains, un propre de succession, pourquoy une licitation ne produira-t-elle pas le même effet : puisque, comme il vient d'estre dit, elle est du partage même ? L'article 80. de la Coutume de Paris ayant décidé sur ce fondement qu'elle ne produisoit point de lots & ventes, quand l'heritage estoit ajugé à un des heritiers : ce qui se doit étendre au cas même que l'on ait admis des étrangers dans la licitation. ☞ Et quoique cette décision ne s'accorde pas avec l'Arrest de du Rideo, rapporté dans le second tome du Journal des Audiences, liv. 4. chapitre 27. il faut avoüer que c'est aujourd'huy une doctrine universellement reçûë au Palais.]

Il est certain que la soulte de partage est privilegiée sur le lot qui doit la soulte : Mais on demande si le privilege est sur le total du lot, ou seulement sur la même part que le creancier de la soulte a euë avant le partage dans le lot debiteur de la soulte. Ce qui s'est agité en cette espece. Un particulier s'estant marié en 1658. eut une succession en ligne directe en 1664. dans laquelle il eut trois coheritiers, il luy échut une Terre en partage, à la charge d'une soulte de 1925. livres, sa femme se fit separer peu aprés d'avec luy, & se fit ajuger cette Terre pour ses conventions. Il deceda ensuite. Le coheritier intenta une action hypotequaire pour sa soulte de 1925. livres, & pour ses interests. La veuve offrit à ce coheritier de délaisser par hypoteque le quart de la Terre, disant qu'il — 35. Si le privilege de la soulte de partage est sur le total de l'heritage qui la doit, ou sur partie seulement.

Raisons pour la reduction du privilege.

n'avoit droit que sur un quart, puisqu'il y avoit quatre heritiers, à quoy le partage qui avoit esté fait n'avoit rien changé, suivant cette regle, que *divisio est permutatio & portionum distributio, non nova acquisitio.*

Elle disoit en second lieu, que le partage fait avec soulte estoit une veritable vente, & que si quelqu'un avoit vendu à son coheritier sa part afferante en un heritage de la succession, il n'avoit pas pour le prix un privilege sur le total de l'heritage, mais bien sur la portion venduë, parce qu'en l'un & l'autre cas, il estoit vray de dire qu'une cause limitée ne devoit produire qu'un effet limité.

En troisiéme lieu, qu'à l'instant du decés, les creanciers particuliers de son mari avoient eu hypoteque sur la part indivise qu'il avoit euë dans cette Terre, à la charge du partage, de laquelle hypoteque ils ne pouvoient jamais estre frustrez, la translation ou la fixation des hypoteques des creanciers de l'heritier, sur ce qui luy arrive par l'évenement du partage, n'ayant esté reçûë par les Arrests, que sur la présupposition que ces creanciers de l'heritier ne perdoient rien à cette translation & à cette fixation, ayant une hypoteque sur des immeubles partagez, au lieu d'une hypoteque sur des biens indivis, Monsieur Loüet lettre H. nombre 11. Ce qui a passé même contre l'avis de Maistre Charles du Molin sur la Coutume de Paris, article 1. gl. 9. nomb. 43. & suivans, où il avoit estimé que l'hypoteque une fois acquise à ces creanciers ne se pouvoit alterer, ni changer par le partage. C'est pourquoy il doit rester un fond d'hypoteque commune sur la Terre aux creanciers de l'heritier, sur lequel ils puissent tous

image
not
available

consomme le prix que jusqu'à la concurrence de la somme privilegiée & des interests.

Cela se juge ainsi en matiere de licitations. Si l'on suppose, par exemple, qu'un heritier adjudicataire par licitation d'une maison, doive dix mille livres à son coheritier pour la moitié du prix de cette adjudication, & que cette maison se decretant aprés sur cet adjudicataire en un temps où elle est beaucoup diminuée, le coheritier creancier de cette somme, en absorbe le prix, supposé qu'on luy donne privilege sur le total : car nonobstant cela, cette somme de 10000. livres sera préferée sur le total du prix de la maison, dont il n'a pû appartenir aucune portion à la partie saisie, que les 10000. livres de son coheritier ne fussent acquittées, & cette somme passera avant d'autres creances de l'adjudicataire, anterieures au partage.

L'on peut ajoûter pour la confirmation une troisiéme espece plus difficile à la verité, mais qui dépend des mêmes principes. Car si l'on suppose qu'un homme s'estant marié en 1658. ait eu une maison en partage en 1664. à la charge d'une soulte, le doüaire de la veuve & des enfans peut estre frustré par l'execution de la soulte, dont on suppose qu'il sera dû beaucoup d'arrerages, qui joints avec le principal consommeront entierement le prix de la maison au préjudice du doüaire. Ce qui neanmoins n'est pas plus dur, que de voir qu'un rapport fait par un mari frustre le doüaire de sa femme quand il n'a que de l'argent en partage, & que le mari devient insolvable, & qu'une rente fonciere dont il sera dû beaucoup d'arrerages, absorbe encore le prix de l'heritage sujet au doüaire. Toutes ces especes dépendant d'un même principe, qui est que le mari ne possédant le total de l'heritage qu'à la charge de la rente, & l'heritier qu'à la charge du prix de la licitation ou de la soulte de partage, tout l'heritage peut se consommer pour l'acquittement de ce prix au préjudice d'autres droits non privilegiez.

Enfin, la raison la plus prompte, & à laquelle il y a moins de replique, est celle de l'égalité qui est dûë aux copartageans : car si l'on ne donne à la soulte de partage un privilege sur le lot entier qui est redevable de la soulte, cette égalité qui est l'esprit qui anime le partage, ne s'y trouvera plus : car le creancier de la soulte reduit à une hypoteque commune pour une partie de sa soulte, peut en estre frustré par des creanciers anterieurs de son coheritier debiteur de la soulte. Ainsi il aura moins que luy & souffrira un notable préjudice.

La verité de cette consequence paroist dans cette hypotese. Un Particulier est decedé laissant quatre heritiers & 40000. livres de bien, dont une Terre valant alors 20000. livres fait moitié. Un de ses heritiers a eu cette Terre en partage chargée de 5000. livres de dettes, & d'une soulte de pareille somme envers un de ses coheritiers. Les deux autres ont eu d'autres biens dont ils sont contents. Long-temps aprés le partage les creanciers particuliers de cet heritier qui a eu la Terre, l'ont fait decreter. Il s'est trouvé qu'alors elle ne valoit plus que 14000. livres, & dans la suite elle a esté ajugée pour ce prix, le coheritier qui est creancier de la soulte s'estant opposé pour ses 5000. livres & les arrerages, & prétendant estre payé du tout par privilege sur les 14000. livres, les autres creanciers particuliers du saisi qui sont beaucoup anterieurs au partage, soûtiennent que son privilege doit estre reduit à la quatriéme partie de la Terre, ainsi à 3500. livres : Or il est certain que si la prétention de ces creanciers a lieu, ce coheritier perdra 1500. livres & tous ses arrerages, ce qui seroit manifestement injuste par deux raisons. La premiere, que pour juger si le partage a esté égal, l'on a égard au temps du partage même, & non pas aux changemens arrivez depuis, selon les Loix 5. 7. & 11. §. 4. *ff. de min.* & la Loy *Si voluntate C. de rescind. vend.* La seconde, que dés que l'on suppose un partage égal dans le temps qu'il est fait, les augmentations & diminutions du prix des immeubles qui surviennent par la vicissitude du temps, regardent l'heritier, à qui ces immeubles sont échûs, & non celuy qui est creancier d'une soulte sur ces mêmes immeubles, & comme la soulte de celuy-cy n'augmente pas quand les immeubles augmentent de prix, aussi elle ne doit pas estre diminuée, quand le prix de ces immeubles souffre quelque diminution. Et sur ce fondement le partage estant égal *ab initio*, l'heritier qui est creancier de la soulte doit trouver ses 5000. livres entieres, & les arrerages qui suivent leur principal comme accessoires : autrement il n'a pas autant que le saisi a eu par le partage, & il souffre une injustice toute evidente.

Il n'est pas vray de dire que le partage fait avec soulte soit une veritable vente ; mais c'est une espece extraordinaire de contrat, qui fait un titre universel, au lieu que la vente fait un titre particulier. Aussi l'on est restitué contre un partage pour une simple lesion du tiers au quart, au lieu qu'il en faut une d'outre moitié de juste prix pour estre restitué contre une vente. Enfin, la soulte de partage, non plus que la licitation faite au profit d'un des coheritiers, ne produit point de droits Seigneuriaux, suivant l'art. 89. de la Coutume de Paris, & cependant ces droits ont lieu dans les ventes. Aussi Maistre Charles du Molin, qui connoissoit bien la nature du partage, a dit en l'endroit qui vient d'estre cité, que s'il tenoit de la vente & de l'échange, il falloit neanmoins une espece de contrat distincte & separée, *propriam tamen & distinctam habens naturam.*

Il n'est pas vray non plus que la Jurisprudence des Arrests n'ait fixé les hypoteques des creanciers particuliers de l'heritier, à ce qui luy échet dans le partage, que sur la présupposition qu'ils en seront recompensez, & que le partage n'operera à leur égard qu'une simple translation d'hypoteques. Car souvent cela n'arrive pas, & l'heritier qui peut avoir des creanciers de son chef, n'a que des meubles, ou a beaucoup moins en immeubles, & plus en meubles qu'il n'avoit par indivis avant le partage, ce qui doit obliger ces creanciers d'intervenir au partage pour veiller à leurs interests, mais la veritable raison est, qu'il faut necessairement faire un partage, & que l'interest des creanciers particuliers de l'heritier ne doit pas faire obstacle au partage qui est dû à ses coheritiers, aprés lequel comme ces creanciers n'ont pas plus de droit que leur debiteur, il est d'une necessité indispensable que leurs hypoteques soient reduites à ce qui luy arrive par le partage. L'on a même peu d'égard en ces rencontres à l'interest de ces creanciers particuliers : car ils ne peuvent pas empêcher un rapport d'immeubles qui doit estre fait par leur debiteur, & qui se trouvera peut-estre dans un partage sous seing privé, ce que l'on autorise, selon Gouget, part. 3. qu. 10. De même, si le défunt dont leur debiteur est heritier collateral, luy avoit aussi prê-

image
not
available

grande portion au residu des fiefs, quoique distraits à son profit, & en quelque façon à luy délaissez hors partage, ne faisoient avec sa part dans les rotures qu'un partage d'aîné, qu'il avoit eu le tout premierement par la disposition de la Coutume, & secondement par celle du partage: Ensorte que s'il s'estoit avisé de renoncer il n'auroit pas plus conservé son droit d'aînesse que sa portion égale: Que si dans la suite il avoit esté évincé de quelque arpent de terre, faisant partie de son droit d'aînesse, même de son Château & principal manoir, il auroit eu l'action de garantie de partage avec tous ses privileges, ou si dans l'assignation de son droit d'aînesse, il avoit souffert quelque préjudice, il auroit esté restitué sur une simple lesion du tiers au quart, qui est la restitution contre les partages, ce qui montre qu'il avoit eu le tout comme un partage d'aîné.

36. Si on peut stipuler une unique soulte pour plusieurs successions, & qui soit privilegiée pour le tout sur chacun des effets de ces successions.

☞ On peut proposer la même question au cas que deux coheritiers, par exemple, un frere & une sœur à qui il est échû plusieurs successions, en composent dans une transaction, le frere donnant une somme de 10000. écus à sa sœur pour ces successions, avec stipulation expresse qu'elle aura privilege pour le total de cette soulte sur chacun effet de ces successions: car si les affaires du frere tournent mal, la question sera si la sœur est privilegiée pour le total de la soulte sur chaque effet de ces successions, suivant la convention, ou si elle sera obligée de souffrir une ventillation, & reduire son privilege à proportion sur chaque succession.

Raisons pour le privilege general de la soulte.

Les principes qui viennent d'estre établis touchant les hypoteques des creanciers de l'heritier, qui se reduisent de plein droit à ce qui luy est échû en partage, servent beaucoup à la décision de cette question; parce qu'il a esté dit que c'est à eux à intervenir au partage, & que quand ils ne l'ont pas fait, ils s'en doivent tenir à ce que leur debiteur a fait: outre qu'il y auroit un extrême embaras à conserver aux creanciers de l heritier aprés son partage, les droits qu'ils avoient sur ses parts & portions au temps qu'elles estoient encore indivises, ou à leur permettre de contester la maniere de partage que le debiteur a consentie & executée, & les privileges qu'il a donnez par ce partage pour les soultes qu'il a promises: ce qui a fait que par une Jurisprudence qu'on peut dire uniforme, on a reduit les creanciers particuliers de chacun des heritiers, à s'en tenir au partage, & à en executer les clauses comme si elles estoient passées avec eux. Aussi ce principe dépend d'un autre qui est, que les partages de successions ont toûjours un effet retroactif, & que la Loy de partage qui a esté imposée, est censée avoir eu lieu au moment du decés, & celuy-cy tient encore à un autre qui est le principe general & le premier mobile de la matiere des successions, c'est nostre regle le mort saisit le vif son plus prochain heritier habile à luy succeder.

Ces principes autorisent toutes les manieres de partages dont les coheritiers conviennent, & on peut dire que celle dont il s'agit n'a rien d'illicite: car quoique plusieurs successions soient divisées naturellement, & qu'elles n'ayent rien de commun les unes avec les autres, sinon qu'il se trouve comme icy, qu'elles sont échûës & sont à partager entre les mêmes heritiers, rien n'empêche qu'on ne les partage par un seul acte, & qu'on ne les ajuge à un des heritiers sous la condition d'une soulte privilegiée sur chacun des effets de ces successions. C'est ainsi qu'on peut établir le privilege d'une soulte sur un droit d'aînesse, quoique regulierement il n'est pas du partage: C'est ainsi qu'en faisant entrer dans un partage des biens de diverses lignes, on peut donner à un heritier paternel une soulte privilegiée sur des biens maternels, quoique les biens de diverses lignes fassent des successions differentes. Du Molin §.22. de l'ancienne Coutume de Paris, gl. 1. nomb. 98.

La raison est qu'en tous ces cas, il est vray de dire que le debiteur de la soulte n'a ces successions, ni aucun effet de ces successions, qu'à la charge de cette soulte ainsi privilegiée sur le total des biens, & sur chaque effet en particulier, & que la soulte estant constituée dans l'alienation du tout, est fonciere & privilegiée sur le tout, & sur chaque partie, selon le même Auteur sur l'art. 108. de la Coutume de Tours.

L'égalité demande en ce cas, que ce privilege s'observe comme il a esté stipulé; parce qu'autrement il pourroit arriver que les biens d'une succession estant diminuez par la vicissitude des temps, & estant dû quantité d'arrerages de la soulte, la partie de la soulte qui seroit regalée par la ventillation sur les biens de cette succession n'y pourroit pas estre perçûë, ce qui seroit une injustice & une inégalité: car l'égalité des lots ne dépend pas de ce qui arrive dans la suite & par la vicissitude des temps, mais bien de la valeur des lots au temps du partage, suivant les Loix 5. 7. & 11. §. 4. *ff. de minor.* & la Loy *Si voluntate C. de rescind. vendit.*

Raisons contre le privilege general de la soulte.

On dit au contraire, 1. Que le creancier de la soulte n'auroit pas pû avant le partage obliger son frere de luy donner un des effets des successions, pour luy tenir lieu de ses parts afferantes dans toutes ces successions, mais qu'il n'avoit droit que de partager les effets de chaque succession, en évitant de morceller les biens, & pour cela faisant des soultes équitables dans chaque succession, qu'ainsi la soulte unique est une invention des copartageans qui n'est fondée dans aucun droit, & ne doit produire de privilege que sur le pied d'une ventillation.

2. Les creanciers de l'heritier n'ont pû perdre par le fait de l'heritier debiteur de la soulte, le droit qu'ils avoient sur les biens de chacune des successions, à mesure qu'elles sont échûës à leur debiteur: d'autant plus qu'elles ne luy sont pas arrivées en un même temps, mais successivement: qu'ainsi la soulte dûë pour une seconde succession, n'a pas pû oster le droit de ces creanciers sur les biens d'une premiere, & ainsi des autres.

3. Il est vray que l'heritier creancier d'une soulte a privilege pour le total de sa soulte sur les biens d'une seule succession; parce qu'avant le partage ses portions dans cette succession estoient indivises, mais il n'en est pas de même au respect de plusieurs successions: car il n'est pas vray de dire qu'elles soient indivises, au contraire une succession est toûjours separée d'avec une autre, parce qu'elles arrivent en divers temps: d'où il suit que la soulte promise pour plusieurs successions ne peut estre privilegiée pour le tout sur chacune de ces successions.

4. De même que si aprés un partage un heritier vend son lot à son coheritier, il n'a privilege

image
not
available

sieurs successions. La raison est qu'on ne considere en ces occasions que l'évenement du partage, & l'heritier est censé saisi dés le commencement, de tout ce qui luy est échû dans le partage, & sous les conditions qu'on y a exprimées. *Et ex quo hoc fit in ipsa alienatione fundi, satis est, & totus fundus est hypotecatus & censetur reditus fundiarius*, dit le même Auteur, sur cet art. 108. de la Coutume de Tours: Enfin, les creanciers particuliers de l'heritier qui ne se sont point opposez à ce partage, qui s'est fait de bonne foy par le creancier de la soulte, qui n'avoit de sa part aucuns creanciers, dont l'interest pût gehenner la liberté qu'il avoit de contracter, sont obligez de se tenir à ce qui a esté fait, suivant les Arrests cy-dessus rapportez, & qui sont dans Brodeau, lettre H. nomb. 11. & suivans, Maistre Claude Henrys, tome 1. livre 6. chapitre 5. question 37.

Le quatriéme moyen a aussi sa réponse. Il est vray qu'un heritier aprés le partage vendant son lot à son coheritier, n'a pas de privilege, mais une simple hypoteque commune sur le lot de l'acheteur, & un privilege sur le lot qu'il a vendu: Aussi cette espece ne se peut pas comparer à celle dont il s'agit; car quand on a une fois partagé, & que chaque heritier est saisi de son lot, la vente posterieure qu'un heritier fait de son lot à un coheritier, ne peut plus passer pour un partage, parce que ce n'est pas un premier acte: ainsi on ne peut pas dire qu'un même acte soit le titre de l'acheteur, tant pour son premier lot, que pour celuy qu'il a acquis, ni que la soulte soit constituée dans l'alienation de tout ce qui est possedé par l'acheteur; au lieu qu'il est vray de dire en l'espece que le debiteur de la soulte a eu toutes les successions, & chacun effet de chacune succession moyennant la soulte qui luy a esté imposée, & qu'il ne possede rien de ces successions, qu'à la charge de cette soulte, qui par consequent est devenuë fonciere & privilegiée sur chaque effet de ces successions.

Il a esté satisfait au cinquiéme moyen.

Le sixiéme porte sa réponse: car il importe peu pour la question que l'heritier creancier de la soulte ait eu un même droit, ou des droits divers dans les successions: il suffit qu'il les ait cedez moyennant une soulte qu'il a stipulée avec privilege sur chacun des effets hereditaires. De même il importe peu que les creanciers particuliers de l'heritier ayent des droits differens sur les successions differentes: il suffit qu'ils n'ayent pas intervenu au partage, & que leur debiteur en ait fait un qui soit équitable, que s'ils souffrent un privilege, leurs hypoteques augmentent à proportion de ce que le creancier de la soulte a cedé à leur debiteur: qu'enfin, il suffit que le partage se soit fait de bonne foy avec un coheritier qui ne leur devoit rien, & qu'ils soient obligez de le suivre, selon la Jurisprudence des Arrests.]

37. Si la soulte de partage empêche le propre. L'on demande si la soulte de partage empêche le propre? Et il est déja constant que si mon coheritier me donne pour soulte de partage un immeuble qui luy soit acquest, cet immeuble me sera propre de succession, parce qu'à cet égard, le partage est un échange, & l'échange est le titre le plus disposé à faire des propres de subrogation. Ajoutez que l'équité persuade cela, & que la matiere y est disposée, la qualité de propre estant une qualité extrinseque qui passe aisément d'un sujet en un autre.

Que si mon coheritier me donne de l'argent pour soulte de partage, il est impossible que ces deniers me soient propres de succession, parce que de leur nature ils ne sont pas susceptibles de la qualité des propres; neanmoins ils seront propres de communauté pour éviter l'avantage indirect au profit de ma femme, & ce genre de fraude qui s'appelle vulgairement *fraus de modo ad modum*, bien entendu qu'il faut supposer que le partage soit fait pendant mon mariage.

Quid à l'égard de mon coheritier debiteur de la soulte, & son heritage cessera-t-il d'estre propre à proportion de la soulte qu'il me peut devoir, & luy tiendra-t-il lieu d'acquest jusqu'à concurrence? Pour moy, j'estime que l'heritage luy sera propre pour le tout, parce que le partage fait des propres: & la soulte qui est un moyen necessaire pour parvenir au partage, n'en détruit pas l'effet. Ce que mon coheritier possede à la charge d'une soulte, il ne l'a pas moins à titre de partage. L'on ne pouvoit oster l'indivis, qu'en faisant une soulte, ou une licitation, & ce partage fait avec soulte, ne fait qu'expliquer ou confirmer le droit que mon coheritier avoit dans l'immeuble, qui estoit *totum in toto, & in qualibet parte*: & par un effet retroactif il fait que l'heritage est présumé luy appartenir tout entier dés le temps du decés, non seulement par indivis, mais indistinctement pour le tout. L'intention des copartageans confirme encore cette proposition: car ils n'entrent point en partage pour acquerir, ni pour commercer. *Contractus isti non sunt ordinati commercii*, mais ils y entrent pour avoir chacun leur part afferante, & trouver dans ce qui leur est ajugé, la juste valeur de ce qui leur appartient: ensorte que toute leur intention regarde le partage. C'est ce que dit Monsieur d'Argentré, sur l'art. 418. gl. 2. nomb. 6. *nec quod hoc modo acquiritur, inter acquestus ponendum est, cum per id non acquiratur, sed divisio fiat.* La Coutume d'Anjou, art. 282. dit, que la soulte de partage ne produit ni ventes, ni retrait. C'est pour cela aussi que nous dirons dans la suite, que quand le partage est en forme de transaction, celuy qui y est lesé, ne laisse pas de se pouvoir pourvoir en restitution, sans qu'on luy puisse opposer l'Ordonnance des transactions: de même si les coheritiers se vendent les uns aux autres, les effets de la succession, au lieu de faire un partage, la substance de l'acte prédominant toûjours à tous les titres que l'on emprunte, de vente, de transaction, de licitation & de soulte. 38. Resolution qu'elle ne l'empêche point.

Celuy qui succedera aux propres de ce coheritier qui aura eu l'immeuble en partage, ne sera pas même tenu de recompenser l'heritier des acquests à proportion de la soulte, parce que l'on prend les successions comme on les trouve: ainsi le bâtiment fait sur le propre est propre, sans que l'heritier des propres soit obligé à aucune recompense. Ainsi les dettes du costé & estoc paternel sont les dettes des heritiers du fils indistinctement, sans que dans la succession, elles soient plûtost à la charge des heritiers paternels, que des maternels. Ainsi celuy qui a converti tous ces propres en acquests, ne laisse rien de propre, non pas même une action de recompense, cette maxime que l'on prend les successions comme on les trouve, estant uniforme en ces matieres. 39. Qu'en ce cas il n'est point dû de recompense à l'heritier des acquests.

L'on ne peut point opposer valablement l'article 139. de la Coutume de Paris, qui ne laisse l'heritage retiré par le défunt à titre de retrait aux heritiers du costé & ligne, qu'à la charge d'en rendre le prix dans l'an & jour aux heritiers des acquests. La raison de difference estant, que celuy qui retire, veut acquerir l'heritage de sa famille, *ultro se offert ad acquirendum*, mais que celuy qui partage ne fait que declarer le droit dont il est 40 Réponse à l'objection tirée de l'article 139 de la Coutume de Paris.

image
not
available

Que s'il s'agit d'un partage entre Nobles, quoiqu'il soit composé de biens roturiers, la connoissance en appartient aux Baillifs, Senéchaux, & autres Juges Presidiaux; si entre roturiers, quoiqu'il y ait des fiefs, la connoissance en appartient aux Prevosts Royaux, & autres Juges inferieurs. Que s'il y avoit des biens situez en diverses Prevostez & Jurisdictions, le Baillif, le Senéchal, ou autre Juge Presidial où elles ressortissent, sera Juge du partage, le tout selon les termes précis de l'art. 7. de l'Edit de Cremieu, de l'an 1536. sur lequel Guenois ajoute, que si ces Jurisdictions ne ressortissent pas à un même Presidial, il faudra obtenir des Lettres Royaux, avec adresse au Baillif, au Senéchal ou à autre Juge Presidial du lieu, où la plus grande partie des biens de la succession est assise.

47. S'il faut autant de partages que de Coutumes differentes.

La disposition de cet Edit me rappelle une difficulté qui arrive ordinairement dans les partages; de sçavoir, si lorsqu'il y a des biens situez en differentes Coutumes, il faut faire autant de partages qu'il y a de Coutumes differentes? Et souvent l'on est contraint d'en user ainsi. Car comment pourroit-on faire autrement, quand il y a des biens situez en Anjou, où le choix se donne aux puînez: en Normandie, où il se donne à l'aîné; & à Paris, où selon l'usage le tout dépend du sort & du jet des lots? Ce qui ne se peut accorder dans un même partage. Et cela s'estant autrefois presenté dans un partage qui se faisoit dans la famille de Crissé, où il se trouvoit des biens situez en Anjou, en Touraine, & en Poitou, par Arrest du 2. Juillet 1583. rendu au rapport de Monsieur Allegrain, lequel est dans Maistre René Chopin sur la Coutume d'Anjou, liv. 3. chap. 1. tit. 2. nomb. 15. où il dit, qu'il avoit écrit au procés, la Cour ordonna, qu'il seroit fait trois partages differens des biens situez en ces trois Provinces. Le sieur de Crissé & la Dame du Bouchet sa sœur estoient les parties. Mais cela ne doit s'observer que lorsque ces Coutumes ont des dispositions contraires, & il faut unir dans un seul partage tous les biens des Coutumes qui ont des dispositions uniformes.

48. Du partage des rentes.

S'il s'agit du partage d'une rente, ou elle est fonciere, & en ce cas, l'on suit la Coutume de l'heritage sur lequel elle est assise, ou elle est constituée sur des particuliers, & en ce cas, l'on suit la Coutume du domicile du défunt qui en estoit creancier, ou c'est une rente sur quelque Hôtel de Ville, & en ce cas, on suit la Coutume du lieu où le Bureau est établi; ou enfin, c'est une rente constituée par don & legs, & je tiens qu'en ce cas on doit suivre la Coutume de l'heritage sur lequel elle est assignée.

49. Rentes échûës à des mineurs demeurant à Vitry.

☞ Que si un pere meurt à Paris laissant plusieurs enfans, & des petits-fils d'un fils prédecedé, lequel de son vivant estoit établi à Vitry, où par l'art. 131. de la Coutume, sur la fin, les rentes sont declarées meubles, & que dans le partage ces rentes soient données aux petits-fils, dont l'un decede en minorité, sa mere succedera à la part qu'il a dans ces rentes; parce que le moment du decés du pere a esté celuy où elles sont censées avoir appartenu aux enfans, & par consequent comme ils étoient domiciliez à Vitry, elles ont toûjours esté meubles en leurs personnes. Il s'est fait deux operations en un seul moment. La premiere, que les petits-fils ont esté saisis de ces rentes qui dans l'évenement leur sont échûës en partage: la seconde, que ces rentes auparavant immeubles, parce que le creancier demeuroit à Paris, sont devenuës meubles, parce que les creanciers demeurent à Vitry: l'une est fondée sur la regle, le mort saisit le vif, qui fait qu'il n'y a jamais de vuide entre le decés & le partage, & que ce qu'on a dans l'évenement d'un partage, on est censé l'avoir eu au moment du decés, quoiqu'il y ait eu des renonciations & des accroissemens intermediaires, & quoiqu'il y ait eu quelque exclusion d'un heritier beneficiaire, par un pur & simple, tout cela ayant un effet retroactif au temps du decés; l'autre est ordinaire, & arrive toutes les fois qu'une rente de succession auparavant immeuble, passant à un heritier qui demeure en Coutume, où les rentes sont meubles, devient meuble de ce moment: Et ce qui justifie ce second effet, c'est que si ces heritiers demeurant à Vitry estoient majeurs, on ne dira pas que ces rentes soient propres en leurs personnes, mais constamment elles sont meubles, & par consequent elles l'ont esté au moment du partage, même au moment du decés de celuy par la succession duquel elles leur sont échûës; car si elles avoient esté une fois immeubles, & propres en leurs personnes, elles le seroient toûjours; puisqu'on ne suppose point qu'ils eussent changé de domicile, & que c'est une maxime que *nemo ex sola animi sui declinatione mutare potest causam possessionis suæ*. C'est donc icy le veritable cas, où l'on dit que *mutatione personæ mutatur qualitas & conditio rei*. Et les rentes suivant le domicile du creancier changent de nature au moment du decés, lorsque le défunt & son heritier avoient des domiciles en des Coutumes opposées sur la nature des rentes constituées. Ce changement se fait aussi-bien en la personne d'heritiers qui sont encore mineurs, qu'en celle d'heritiers qui sont en pleine majorité, & quand on dit que le bien d'un mineur ne change jamais de nature, c'est-à-dire, qu'estant une fois propre en sa personne, il ne devient pas meuble, ni acquest, *nec vice versa*; mais cela ne veut pas dire qu'il soit toûjours tel en sa personne qu'il estoit en celle du défunt; & il y en a une preuve certaine, en ce que l'acquest du défunt change de nature, & devient propre naissant en la personne de son heritier, quoique mineur. Il faut donc conclure que ces parties de rentes estoient meubles en la personne de ce mineur à raison de son domicile, & que par consequent elles appartiennent en sa succession à sa mere heritiere de ses meubles.

50. Si un des heritiers peut poursuivre seul la dette active.

Les rentes & dettes actives de la succession qui appartiennent en commun à plusieurs heritiers, se peuvent poursuivre pour le tout par un des heritiers, pourvû que les autres ne contredisent pas, parce qu'il n'a point besoin d'ordre pour poursuivre une dette commune, suivant la Loy *Pomponius 40. §. ult. ff. de procurator.* mais si les coheritiers contredisent, en ce cas, comme chacun a sa part dans la dette, & que par la Loy des douze Tables, les noms & actions se divisent de plein droit entre coheritiers, il faudra dire que l'un ne peut pas exercer l'action de l'autre contre son avis; c'est l'espece de la Loy *si petitor 31. ff. de judic.* Mais au premier cas le défendeur ne sera point obligé de payer à cet heritier qui intente l'action pour les autres, qu'il ne fasse apparoir d'une procuration, ce qui a esté jugé par un Arrest du mois de Juin 1543. au profit de Damoiselle Anne Burgensis, rapporté par Pap. livre 8. tit. 1. Arrest 4.

51. Des restitutions contre les partages, & premierement de celle des mineurs.

Pour parler à present des restitutions contre les partages, ou elles se demandent par des mineurs, ou par des majeurs. Celles des mineurs sont autorisées par la Loy derniere *C. fam. erc.* & par la Loy 1. *C. si advers. transf. vel divis.* Mais comme on ne peut faire parmi nous qu'un partage provisionnel avec un mineur, regulierement il n'est pas

image
not
available

tout l'égalité, & non-seulement les décisions du sort sont approuvées par les Loix, & principalement par la Loy *Si quæ sunt cautiones ff. fam. ercisc.* & par la Loy *Si duobus C. communia de legat. & fideic.* & en fait de partages, par la Loy 2. *C. quando & quib. quarta pars debetur*; mais encore la plus commune opinion des Docteurs est, que le hazard du jet des lots, & le sort en general empêche la restitution du mineur. Et c'est l'avis de Balde sur la Loy derniere *ff. de minor.* Aussi par tout où il y a de l'incertitude de l'évenement, il y a de l'égalité, comme dans les renonciations qui se font aux successions futures, moyennant le moindre prix, & la moindre recompense, & dans les ventes & transports de droits successifs déja échûs. Et c'est sur ce fondement qu'un mineur ayant renoncé à une substitution reciproque, n'est pas relevé, quoique par l'évenement il ait survêcu, & qu'il eût pû profiter de la substitution, sans sa renonciation, *L. de fideicommisso 11. C. de transact.* Cependant il faut dire que dans ces cas là même, la lesion du tiers au quatr donne lieu à la restitution des majeurs, & une moindre lesion encore suffit pour la restitution des mineurs, parce que c'est assez qu'il y ait actuellement de la lesion, & comme elle est contre la nature du contrat, qui est un contrat de bonne foy, l'on ne doit pas considerer quelles formalitez l'on a suivies pour faire le partage, quand il est une fois constant que l'une des Parties souffre un préjudice considerable. C'est aussi le sentiment de Maistre Antoine Mornac sur cette Loy, *Majoribus C. communia utriusque jud.* quoique Maistre Guy Coquille, qu. 157. sur la fin semble de contraire avis.

55. Si le partage fait par une transaction est sujet à rescision.

C'est encore une question de sçavoir, si le partage estant reglé par une transaction, l'on y pourra donner atteinte sur le fondement d'une lesion du tiers au quart. Et il faut distinguer entre les partages en forme de transactions, & les transactions qui sont faites sur des procés intentez pour donner atteinte à des partages qui ont déja esté faits. Car les partages en forme de transactions peuvent estre cassez sur le fondement d'une simple lesion du tiers au quart, parce que quelque clause qu'on y ait apposée, ce sont toûjours de veritables partages : & c'est ce qui a esté jugé par un Arrest du 27. Février 1577. rapporté par de Lhommeau, livre 3. max. 36. & par Papon, liv. 15. tit. 7. Arr. 7. Mais quand on transige sur une instance de Lettres de rescision obtenuës contre un premier partage qui avoit esté fait, l'on est veritablement dans l'espece de l'Ordonnance du mois d'Avril 1560. appellée l'Ordonnance *des transactions* : & par consequent la restitution même qui seroit pretextée d'une lesion d'outre moitié de juste prix, ne seroit pas reçûë. Aussi l'on n'est pas demeuré, en ce cas, aux termes d'un simple partage, mais l'on a fait un nouveau titre aux copartageans.

Que si aprés un procés de partage tout instruit l'on transige, en ce cas, j'estime que la transaction est un simple partage, contre lequel l'on se peut encore pourvoir : car comme l'on ne fait pas ordinairement de partage sans memoire & sans instruction, il n'importe pas que la discussion se fasse par un procés, ou par quelqu'autre maniere, & l'acte qui finit cette discussion, est toûjours un veritable partage, quelque nom, ou quelque couleur qu'on luy donne : Ainsi il est sujet à estre cassé pour lesion du tiers au quart. D'autant plus que la faveur de l'égalité détruit l'induction que l'on voudroit tirer, en ce cas, d'une dénomination & d'une forme plus avantageuse, que l'on a voulu donner à la chose, & oblige de considerer la nature, plûtost que la forme exterieure du contrat. Tellement que l'Ordonnance des transactions n'a lieu en ces matieres, que lorsqu'y ayant eu un partage fait, l'une des Parties s'est pourvûë par Lettres, auquel cas la chose estant bien serieuse & sans fraude, l'accord & la transaction, que les Parties feront sur cette contestation, passera pour une veritable transaction, & non pas pour un simple partage, & par consequent ne pourra recevoir d'atteinte pour lesion du tiers au quart, ni même si l'on s'attache aux termes de l'Ordonnance, pour lesion d'outre moitié de juste prix. Ce qui n'exclut pas la restitution pour lesion énorme, comme il a esté jugé aux grands Jours de Moulins par un Arrest du 16. Septembre 1540. rapporté par Guenois sur cette Ordonnance.

Enfin, toutes les clauses generales que l'on a coutume d'apposer aux partages qui sont faits en forme de transactions, ou autrement, comme de ne point aller à l'encontre, de n'y point contrevenir & les autres, n'empêchent point cette restitution dont nous parlons, & si dans les autres contrats elles ne sont point d'obstacle pour les articles dans lesquels les Parties par une ignorance de fait, ont passé des obligations injustes, ou payé des choses qu'ils ne devoient pas, *L. ult. §. item quæsit ff. de condit. indeb.* ni pour les articles obmis, suivant la Loy *Si de certa re 31. C. de transact.* elles n'en font point non plus icy pour la restitution, au cas d'une simple lesion du tiers au quart ; parce que dans les autres contrats, la bonne foy suffit, mais dans celuy-cy l'égalité y est essentielle.

56. Si la vente entre coheritiers est sujette à restitution pour lesion du tiers au quart.

Non-seulement une transaction, mais une vente tient quelquefois lieu de partage, comme si avant tout partage l'un des heritiers vend à un autre sa portion hereditaire. Et l'on doute si ce vendeur peut se faire relever, en ce cas, pour lesion du tiers au quart. Surquoy il faut distinguer. Car si quelqu'un estant majeur renonce à la succession, moyennant un certain prix qu'il reçoit de ses coheritiers, il n'y a jamais lieu à la restitution, non pas même quand la renonciation est faite à une succession directe : ce qui a esté établi, liv. 3. chap. 8. des Renonciations, sect. 2. depuis le nombre 46. jusques au nombre 57. Aussi celuy qui renonce ainsi, ne fait point acte d'heritier, *L. fuit quæstionis 24. ff. de adquir. vel omit. hered.* comme il a esté établi au même endroit, nomb. 14. Que si l'affaire se passe en forme de vente, regulierement il n'y a pas lieu à la restitution, (quoique la vente estant faite à un des heritiers, tienne un peu plus du partage,) parce qu'il est évident que le vendeur n'a traité que pour se décharger des dettes, & de l'évenement incertain des affaires de la succession, & c'est l'objet de toutes les ventes de droits successifs, où l'on ne manque pas même d'inserer des clauses qui établissent le forfait : l'incertitude de l'évenement exclut toute sorte de lesion, & l'on a toûjours de justes raisons de se décharger de l'embaras des affaires d'une succession, *L. quia poterat 4. ff. ad Trebellianum.*

57. Qu'il faut considerer le temps & les autres circonstances de la vente.

Il faut neanmoins distinguer le temps & les autres circonstances de la vente des droits successifs : car si un heritier absent traite par Procureur avec ceux qui avoient eu une demeure commune avec le défunt, & qui pouvoient estre fort instruits des affaires de la succession, & qu'il leur vende ses droits sans avoir eu communication de l'inventaire que les parens ont fait faire, *non visis inspectisque tabulis*, en ce cas, il est vray de

image
not
available

que celle d'un des heritiers estant prescrite, celle des heritiers ne laisse pas de subsister, chacun ayant eu hypoteque pour sa part en l'obligation. Aussi un des coheritiers peut trés-bien liberer le détempteur de son hypoteque particuliere, & ce détempteur ne sera plus sujet aprés cela, qu'aux autres portions de la dette. Ce qui montre que l'hypoteque de la dette commune est divisible. Il faut donc rejetter, comme font les derniers Arrests, l'ancienne erreur de l'indivisibilité de l'hypoteque en espece particuliere, & s'arrester aux exemples qui viennent d'estre citez, pour trouver des cas où entre coheritiers le mineur releve le majeur.

63. Si les creanciers d'un des heritiers peuvent faire infirmer le partage, ou leur interest particulier.

L'on peut aussi demander s'il n'y a que l'heritier qui se puisse plaindre d'un partage, & si ses creanciers ne peuvent pas aussi le faire infirmer pour leur interest particulier, au cas, par exemple, qu'au lieu qu'avant le partage ils avoient leurs hypoteques sur la part indivise, que le coheritier qui leur devoit, pouvoit avoir sur plusieurs heritages, il arrive que leur debiteur n'ayant que des deniers comptans aux termes du partage, ils perdent par ce moyen toutes leus hypoteques. Et nous avons déja dit au livre 3. chapitre des Rapports, sect. 4. nomb. 3. qu'ils n'estoient pas en droit de faire infirmer un partage sous ce pretexte, non plus que de se plaindre que leur debiteur eût rapporté des biens sur lesquels ils avoient leur hypoteque, ou qu'il luy soit échû des heritages sujets au droit de nantissement, & qu'aux termes de nostre Jurisprudence, il y a en cela beaucoup moins d'inconvenient que dans le Droit Romain, où aprés le partage même, l'hypoteque des creanciers de l'heritier demeuroit sur sa portion dans chaque heritage, telles qu'ils l'avoient euë avant le partage : ce qui produisoit un circuit d'actions recursoires. Enfin, nous avons expliqué au même chapitre, que les creanciers peuvent ainsi estre frustrez de leurs hypoteques par un simple partage sous seing privé, comme un cessionnaire, par une quittance de son cedant datée d'auparavant le transport, comme une doüairiere, par un partage sous seing privé entre son mari & ses coheritiers: C'est ainsi qu'un billet de l'heritier trouvé dans les papiers du défunt, frustre les creanciers de cet heritier, comme devant estre imputé sur sa part hereditaire. C'est ainsi qu'un partage sous seing privé produit des hypoteques pour la garantie. Et la raison de cela est, qu'en ces rencontres l'on a égard à la bonne foy d'un tiers, qui traite sous seing privé, & n'est point obligé de traiter autrement : ainsi un pere qui preste à son fils n'est point obligé de divulguer, ni de contracter pardevant Notaires: Ainsi des coheritiers ne sont point obligez de rendre leurs partages publics, & un creancier n'est point obligé de donner sa quittance autrement que sous seing privé. Il y a quelque chose de semblable à nostre décision principale dans la matiere du droit de communauté, où il peut arriver qu'un mari ayant creé des rentes avant son mariage, & aprés sa mort sa femme ayant, pour sa part de la communauté, les immeubles acquis pendant le mariage, & les heritiers du mari les meubles & l'argent comptant, les creanciers de ces rentes ne se pourront venger sur ces conquests, & se devront imputer de n'estre pas intervenus au partage. Voyez le chap. 2. de ce même livre, sect. 2. nomb. 1.

Que s'il se trouvoit de la lesion dans le lot du debiteur, les creanciers pourroient s'en plaindre, parce qu'il leur est même permis d'exercer ses droits rescindans & rescisoires. Enfin, si le debiteur avoit renoncé, ils pourroient revoquer sa renonciation, comme faite en fraude de leurs creances. Voyez cy-dessus, liv. 3. chap. 8. sect. 2. nombre 27.

L'on doit encore compter la garantie des lots entre les suites du partage, & cette matiere consiste à examiner, 1. Qand cette garantie a lieu. 2. Comment elle s'execute. 64. De la garantie des lots.

Cette garantie est fondée dans la même équité qui demande l'égalité entre coheritiers, & de plus dans la Loy *Si familia* 14. *C. fam. ercisc* dont voicy les termes : *Si familiæ ercifcundæ judicio quo bona paterna inter te, ac patrem tuum, aquo jure divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum, specialiter inter vos convenit, id est uniuscujusque eventum rei suscipiat, rectè possessionis evictæ detrimentum fratrem & coheredem tuum pro parte agnoscere, Præses Provinciæ per actionem præscriptis verbis compellet*, & nous avons des Coutumes conformes, comme celle de Bretagne, art. 142. & plusieurs autres.

L'on peut demander si cette garantie est dûë de plein droit, & il faut répondre pour l'affirmative, suivant la disposition précise de cette Loy. Aussi cette garantie & l'hypoteque privilegée qui y est attachée, sont fondées dans la nature & l'essence du partage. Outre que la clause, que les lots demeureront garants les uns des autres, estant ordinaire dans ces sortes d'actes, elle y doit estre suppléée quand elle a esté omise, comme l'on a jugé à l'égard de la clause, à peine de tous dépens, dommages & interests, dans les contrats & obligations. 65. Si cette garantie est dûë de plein droit.

A l'égard de la garantie des rentes entre coheritiers, elle se pratique d'une maniere qui paroist un peu dure : car les descendans ou autres heritiers d'un copartageant peuvent estre recherchez au bout de cent ans pour l'insolvabilité du debiteur d'une rente donnée en partage à son coheritier. Et je ne dis pas pour l'insolvabilité qui estoit déja lors du partage, mais pour celle qui est survenuë cent ans aprés: c'est pourquoy je serois d'avis qu'on ne manquast jamais dans les partages de faire un forfait des rentes sous la seule garantie des faits & promesses du défunt, afin de ne charger les coheritiers que de la garantie de droit seulement, & non de celle de fait, ni de la solvabilité du debiteur. Mais pour la garantie de droit je ne tiens point qu'on la puisse jamais exclure, la nature du partage y resiste. 66. De la garantie des rentes entre coheritiers.

Je n'estime pas même que l'on puisse exclure la garantie de fait qui concerne la solvabilité au temps du partage, & qu'on puisse donner un effet caduc, & sur un debiteur insolvable, avec clause d'exclusion de garantie, à moins qu'il n'ait esté fait mention expresse du peu de solvabilité où l'on croyoit le debiteur, & que l'heritier ait pris cette dette, comme une partie caduque ou peu solvable, & qu'enfin, cela ne cause pas dans son partage une lesion du tiers au quart : la raison est, ce qui a esté repeté tant de fois, que le contrat de partage n'est pas un contrat à l'ordinaire, où il s'agisse de commercer, & de faire sa condition avantageuse aux dépens de ceux avec qui l'on contracte, mais que c'est un contrat où la bonne foy & l'égalité sont essentielles, & où il n'est question que de faire trouver à chacun des copartageans dans ce qui luy est donné, la juste valeur de ce qu'il doit avoir. C'est pourquoy toutes les clauses qui le composent doivent estre expliquées autant qu'il se peut : de telle maniere qu'elles conservent cette égalité, & quand elles la détruisent absolument sans estre susceptibles d'aucune explication qui les concilie avec la jus-

72. Distintion dont dépend la décision de la question. Pour moy j'estime, qu'il est déja certain que si lorsque le partage a esté fait, il ne manquoit que tres-peu de temps pour la prescription, l'on ne peut pas imputer à l'heritier, de n'avoir pas pris possession dans ce temps qui restoit, si ce n'est qu'il ait esté averti : & c'est la disposition de cette Loy *Si fundum 16. ff. de fundo dotali*, où il est dit, *planè si paucissimi dies ad perficiendam longi temporis possessionem superfuerint, nihil erit quod imputetur marito* ; & qu'au contraire, si la possession estoit commencée de quelques jours seulement sous le défunt, l'heritier sous qui elle s'acheve, ne peut pas imputer ce commencement de prescription, qu'il luy estoit aisé de faire cesser, ayant eu un long temps pour prendre possession de la chose. Enfin, dans ce concours de raisons opposées, où l'heritier qui souffre la prescription a droit de dire, qu'on luy a dû ceder des droits entiers, ou l'avertir de la prescription commencée, & qu'il ne luy restoit qu'un certain temps pour prendre possession, & que cet avis ne luy ayant point esté donné, il luy est dû garantie pour cette éviction, & où d'autre part les coheritiers luy objectent qu'il devoit prendre connoissance de l'état de la chose, & se mettre en possession aprés le partage, je voudrois regler un certain temps, comme celuy d'un an, où l'heritier estant obligé de prendre possession des choses qui sont partie de son lot, il se devroit imputer, si ayant negligé de le faire dans ce même temps, la prescription commencée contre le défunt, se seroit achevée contre luy, & en ce cas, il n'auroit aucun recours de garantie contre ses coheritiers. Mais si la prescription s'achevoit avant l'année expirée depuis le partage, l'heritier qui n'a point esté averti, n'ayant point esté obligé de prendre possession avant ce temps, & ayant crû avec raison qu'il avoit des droits entiers & non pas un heritage, dont la prescription estoit presque acquise, doit avoir son recours de garantie contre ses coheritiers : & ce qui me porte à ce temperamment, c'est qu'il faut du temps à l'heritier pour prendre connoissance de l'état des choses, & pour se mettre en possession de son partage, & qu'on ne luy peut pas imputer raisonnablement de ne s'estre pas mis en possession, aussitost que le partage a esté fait : puisqu'il n'a pas dû prévoir, qu'il n'avoit que six moix, par exemple ; pour prendre possession ; & qu'à faute de cela, il seroit déchû de ses droits. Et d'ailleurs, je trouve que dans le Droit, non seulement l'heritier *ab intestat*, ou testamentaire, estoit obligé de prendre possession dans l'an, suivant la Loy *Cum antiquioribus C. de jure delib.* mais qu'il en est de même dans plusieurs de nos Coutumes, ensorte qu'il n'est saisi que durant ce temps, à l'effet de pouvoir intenter complainte, & s'il laisse un étranger en possession de la succession, il faut aprés ce temps qu'il procede contre luy par action. C'est la disposition précise de l'article 272. de la Coutume d'Anjou, & du 289. de celle du Maine. Ainsi il est assez juste de luy imputer la prescription qui s'acheve sous luy aprés l'an expité ; puisque la cession qu'il feroit de ses droits à ses garants leur seroit inutile.

73. De la connoissance & science de l'heritier, & si elle fait obstacle à la garantie. En quatriéme lieu, je demande si la connoissance qu'a euë l'heritier, que la chose estoit sujette à éviction, fait obstacle à son recours de garantie ? Et j'estime que si un des heritiers a pris des biens qu'il a dû prévoir luy pouvoir estre évincez, en ce cas, quoique dans le partage on n'ait point eu d'égard à cette éviction qui pouvoit arriver, il n'y a point lieu à la garantie, suivant la Loy *Si fundum sciens 27. ff. de evictien.* A plus forte raison, si l'on y a eu égard, & que la chose en ait esté moins estimée, ce qui se pratique ordinairement dans les partages. Au premier cas neanmoins, & si l'on n'a point eu d'égard à l'éviction qui pouvoit arriver, l'heritier pourra se faire restituer pour lesion du tiers au quart, laquelle se reglera, comme il a esté dit cy-dessus, eu égard au temps du partage.

74. Quelle doit estre cette connoissance pour faire obstacle à cette garantie. Cette connoissance de l'heritier que nous disons pouvoir exclure cette garantie, doit estre certaine & doit estre une science pour produire cet effet. Car si l'on se doutoit seulement dans une famille qu'un certain bien eust esté acquis de l'Eglise par celuy dont on l'avoit acheté, en ce cas, l'éviction qui survient de ce bien, où la taxe du huitiéme denier qui en est une espece d'éviction, produit une garantie entre coheritiers, supposé principalement que l'éviction eût esté reguliere, & que la taxe que l'on paye pour l'éviter soit survenuë dans les quarante ans depuis l'alienation faite par l'Eglise, ou que l'alienation dont on rapporteroit le titre, se trouvât nulle, ce qui est le cas où l'on dit, *melius est non habere titulum, quàm habere vitiosum.* Car si l'éviction est extraordinaire, & que le titre qui est bon & valable, soit audessus de quarante ans, en ce cas, ni l'éviction, ni la taxe qui tient lieu d'éviction, ne produisent point de garantie, parce que le tout est un fait du Prince. Car il y a une maxime, que les Docteurs se sont formée sur la Loy *Lucius Titius ff. de evictien.* que *evictio, quæ fit de plenitudine potestatis Imperatoris, non officit venditori.*

Que si l'heritier a connu parfaitement le vice de la chose, l'on présume qu'on y a eu égard dans la composition des lots, & quand cela ne seroit pas, il se devroit imputer sa propre faute : ainsi il n'y auroit pas de garantie de ce chef, suivant ce que les mêmes Docteurs ont enseigné sur cette Loy *Si fam. C. fam. ercisc.* Mais il pourroit y avoir restitution pour lesion du tiers au quart, laquelle s'estimeroit eu égard au temps du partage, comme le prouve Monsieur d'Argentré, sur la Coutume de Bretagne, tit. 7. des Garants, art. 149. parce qu'en ce cas-là même, *æqualis culpa est, & dantis, & accipientis.* Quelques-uns neanmoins estiment, qu'il faut faire exception, au cas que le forfait soit exprés : & qu'alors il n'y auroit aucune repetition, suivant la gl. *ad L. qui libertatis ff. de evictien.* Ce qui se doit regler conformément à ce qui a esté dit au nomb. 62. Et même cette connoissance dont nous parlons, doit estre constante, & ne se présume pas : car, comme dit la regle du Droit Canon, *præsumitur ignorantia, ubi scientia non probatur :* ce qui resulte encore de la Loy *Verius ff. de probation.* & ce qui a lieu principalement dans un cas comme celuy-cy, où la personne à qui l'on impute cette connoissance, conteste pour éviter une perte, & non pas pour se faire un profit particulier.

75. S'il y a garantie pour l'éviction qui vient de la nature de la chose. En cinquiéme lieu, je demande s'il y a garantie entre coheritiers, pour l'éviction ou le dépérissement qui vient de la nature de la chose, comme si l'on suppose, que dans la succession d'un Marchand de Vin, l'on ait donné à l'un tous les meubles meublans, & à l'autre tous les vins qui se sont trouvez, & qui se sont corrompus peu aprés le partage. Et il faut dire qu'il n'y a point de garantie, en ce cas, par argument de la Loy *Si servus 21. ff. de evictien.* qui dit, *si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur : quia nemo eum evincit, sed fatum humanæ sortis.* Ensorte que la question ne pourroit estre que pour sçavoir s'il y auroit lieu,

image
not
available

du 4. Mars 1616. rapporté par Maistre Julien Brodeau sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nomb. 2. Arrest 1. Enfin, par la même raison que cette garantie est une charge réelle & imposée dans l'alienation du fond, & dans le partage, soit par une convention expresse, soit par la nature du contrat, il faut dire aussi que dans les autres Coutumes la discussion n'est point necessaire, parce que c'est toujours la dette de l'heritage : à quoy il faut ajoûter qu'il y a icy, comme en échange, une condiction appellée *condictio re non secuta*, suivant la Loy 1. §. dernier, *ff. de rerum permutat.*

81. Par quel temps le tiers détempteur prescrit cette action de garantie. Le tiers détempteur prescrit cette action de garantie par dix ans entre presens, & vingt ans entre absens du jour de sa possession ; quoique l'éviction n'estant pas arrivée, l'action n'ait pû estre intentée, parce que l'heritier a pû se pourvoir par simple declaration d'hypoteque, & ayant negligé de le faire, il se doit imputer à luy-même cette prescription. Car c'estoit un des inconveniens du Droit de Justinien, & la Novelle 4. qui défend de s'adresser au tiers détempteur, que l'on n'ait discuté au préalable le principal debiteur & ses cautions, ce qui faisoit que comme l'heritier, qui ne souffre point d'éviction, ne peut pas discuter son coheritier, ni exercer contre luy aucune garantie, il ne pouvoit pas non plus se pourvoir contre les détempteurs de ses biens; & quand aprés cela l'éviction avoit lieu, & que la garantie estoit ouverte, alors le coheritier estant quelquefois insolvable, le tiers détempteur de son côté alleguoit la prescription : Que si quelques-uns ont dit, qu'en ce cas la prescription n'avoit lieu que du jour de l'éviction, cela estoit bon à l'égard de l'heritier, comme à l'égard du vendeur, ou du copermutant, selon la Loy *Empti 21. C. de evictiion.* mais non à l'égard du tiers détempteur, qu'il auroit esté fort injuste d'exposer à une éviction aprés trente ou quarante ans de paisible possession. C'est pourquoy nostre action en simple declaration d'hypoteque a esté inventée. Et sur ce fondement la Coutume de Paris a établi en l'art. 115. que durant que le debiteur paye les arrerages de la rente, le tiers détempteur qui a acheté de luy, ne laisse pas de prescrire l'hypoteque, le creancier se devant imputer de n'avoir pas intenté cette action. Il est donc constant que l'heritier qui a laissé joüir pendant dix ou vingt ans celuy qui a acquis les heritages contenus au lot de son coheritier, ne peut plus executer sa garantie contre luy ; non plus que l'acheteur & le copermutant, qui a aussi laissé prescrire les hypoteques de sa garantie. Jusque-là même qu'encore que le copermutant, qui est évincé, ait un privilege sur la chose par luy donnée en contre change ; neanmoins s'il obmet de se pourvoir en simple declaration d'hypoteque, un tiers détempteur la pourra prescrire, & éluder ainsi l'effet de sa garantie. C'est pourquoy il faut dire de cette action ce que l'Empereur Justinien dit du benefice d'inventaire, que c'est un secours extraordinaire, que l'on doit à la providence de la Loy, & que l'on auroit tort de negliger.

82. De la prescriptiõ de la demande en partage. Il faut parler à present de la prescription de la demande en partage. Et il est certain qu'elle ne se prescrit point par dix ou vingt ans. La Loy *Licet 8. C. de jure delib.* & les Loix 3. & 4. *in quibus cauf. cessat longi temp. prescr.* y sont précises ; mais elle est sujette à la prescription de trente ans, & doit estre comprise dans la Loy 3. *C. de prascript. 30. vel 40. ann.* par la raison même que celle de dix & vingt ans, n'y a point lieu. Mais il y a quelques-unes de nos Coutumes qui définissent que celuy d'entre plusieurs heritiers, qui est en possession, est reputé joüir tant pour luy, que pour ses coheritiers, & qu'il ne peut jamais acquerir de prescription contr'eux ; & entre ces Coutumes il y en a même, lesquelles d'ailleurs tiennent beaucoup de l'esprit du Droit Romain, & s'y sont conformées le plus souvent. Telle est la Coutume de Bordeaux en l'art. 80. & celle de Bourbonnois, article 27. établit cela à l'égard de ceux qui sont en communauté. Il y a aussi des Coutumes qui n'ont qu'une prescription uniforme, comme de vingt ans, & qui ne l'admettent point pour la demande en partage entre coheritiers, comme la Coutume de Cambray, titre des prescriptions, article 3. la Coutume de Lille, titre des prescriptions, article 6. en dispose de la même maniere : & l'ancienne Coutume de Bretagne disant en l'article 275. que nulle longue tenûre ne nuit entre freres & sœurs vivans. Monsieur d'Argentré rend ainsi cet article : *Longissima possessio inter fratres & sorores superstites inanis est, nec prajudicium infert quoad illorum partagia.* Et ensuite il allegue la raison de cette disposition, en disant, *reciproca & respectiva generis & sanguinis agnitio inter fratres viventes, habet etiam inclusam & implicitam & successivam agnitionem sua cujusque virilis de hereditate communi.* Et il ajoûte plus bas, *est enim majoris momenti, quàm ut actibus tacitis colligi renunciatio possit.* A quoy se rapporte la Note de Maistre Charles du Molin, sur l'article 272. de la Coutume d'Anjou : *possessio unius heredis conservat possessionem aliorum*, ce qu'il ne dit cependant, que par application à la maxime, *le mort saisit le vif.* Il faut observer neanmoins que plusieurs expliquent ces Coutumes en disant, qu'il n'y a plus de prescription entre des heritiers qui se sont une fois declarez tels : ce qui n'empeche pas que le coheritier ne puisse perdre sa part, dans ces Coutumes même, par un silence de trente ans, & que son coheritier ne la puisse prescrire ; parce qu'autrement la prescription de la petition d'heredité seroit abolie, ce qui a même quelques préjugez qui établissent par consequent la distinction entre l'action *familia ercis.* & l'action *petitionis hereditatis*, même dans nostre Droit.

83. De la distinction du Droit entre les actions appellées *petitio hereditatis* & *familia erciscunda*, & de quel usage elle est en France. Il faut observer à cette occasion que dans nôtre usage nous confondons, sous le mot *d'action à fin de partage*, une partie de cette action, qui s'appelloit en Droit *petitio hereditatis*, car nous appellons *demande en partage* celle qui s'intente par un heritier qui ne possede aucune partie de la succession, contre son coheritier qui possede ou une partie ; ou le total des biens de la même succession, quoique dans le Droit cette action n'est pas l'action *familia ercisc.* mais est l'action appellée *petitio hereditatis*, qui tend à faire avoir une part indivise, ou le total de la succession, au lieu que l'action *fam. erc.* tend à faire avoir une part divise. Cependant quelques-uns ont crû, que nous conservons quelques effets de cette distinction d'actions du Droit Romain : & outre l'exemple qui vient d'estre proposé dans le nombre précedent, en voicy un autre, où l'on suppose qu'entre plusieurs coheritiers possedant chacun quelques-uns des biens de la succession, l'un se trouve debiteur d'une rente envers la succession. Car l'on prétend que comme il ne reste à exercer entre ses coheritiers que la seule action *familia erciscunda*, pour diviser l'indivis, & que cette action ne regarde que les immeubles réels, & non pas les noms & les dettes actives, *L. fundus ff. fam. ercisc.* parce que ces noms & dettes estoient divisez de plein droit, le coheritier debiteur aura fort bien pû prescrire par trente ans la rente qu'il doit à la succession, au lieu que si ce même cohe-

image
not
available

fion. Renvoy. dans le chapitre des dettes qui est le suivant, sect. 3. nomb. 64.

59. Retrait de portion. Renvoy. Nous ne parlons point non plus des cas où le partage se fait par souches, ou par testes, également, ou avec préciput, ni de plusieurs autres questions qui peuvent avoir quelque rapport à ce chapitre, mais qui sont traitées dans les précedens. 60. Autres questions de partage, dont sçavoy.

CHAPITRE II.

Des Dettes.

SECTION I.

Des actions que les creanciers de la succession ont droit d'intenter pour le payement de ce qui leur est dû.

SOMMAIRE.

1. *Partage de la matiere.*
2. *De l'action personnelle des creanciers de la succession.*
3. *Si les donataires & les legataires sont tenus de cette action personnelle.*
4. *Quelles donations sont sujettes aux dettes.*
5. *Que les creanciers ne sont point obligez de suivre le partage* pro modo emolumenti.

Quid *à Amiens, où il y a solidité contre chacun des heritiers.*

6. *Ni de s'adresser à la veuve qui prend les meubles.*
7. *Coutumes où il y a action solidaire contre les heritiers, & avec quels temperammens elles se doivent entendre.*
8. *Coutumes où l'heritier ne peut estre contraint que* pro modo emolumenti.
9. Quid *des Coutumes où les dettes suivent leur ligne.*
10. *S'il se fait une subdivision d'une part virile au profit des representans.*
11. *De la separation des biens.*
12. *Que tant les creanciers hypotequaires du défunt, que les chirographaires ont interest de pouvoir demander la separation.*
13. *Qu'en Droit les creanciers de l'heritier n'ont point la separation.*
14. *Si cela a lieu dans nostre Droit.*
15. Quid *à l'égard des chirographaires.*
16. *Qu'ils n'ont point cette action.*
17. *Si les creanciers hypotequaires de l'heritier ont cette action.*
18. *Que les deux opinions contraires se servent d'un même fondement.*
19. *Réponse à l'Arrest qui est dans Monsieur le Prestre.*
20. Quid *si l'heritier s'est declaré tel en fraude de ses creanciers particuliers.*
21. *Les legataire, l'heritier necessaire & les creanciers du* pecule castrense *du fils, peuvent encore demander la separation.*
22. *Que la separation doit se demander, avant que les biens soient réellement confondus.*
23. *Plus, dan les cinq ans.*
24. *Que la separation empêche la confusion.*
25. *Qu'elle doit doit estre demandée* rebus integris.
26. *Qu'aprés que les creanciers du défunt ont obtenu la separation, ils ne se peuvent pas venger sur les biens de l'heritier au préjudice de ses creanciers.*
27. *Que les creanciers du défunt qui ont obtenu la separation estant remplis, ceux de l'heritier viennent sur les biens du défunt.*
28. *Si les biens donnez & rapportez sont reputez des biens du défunt dans la separation.*
29. *Si les creanciers du défunt qui ont demandé la separation, se doivent contenter de l'heritage reçû en échange par l'heritier.*
30. *De l'action mixte, & quand les heritiers en sont tenus.*
31. *Exception à l'égard de l'heritier beneficiaire qui n'est jamais tenu sur ses propres biens.*
32. *Des dettes qui ne se divisent pas.*
33. *De l'action hypotequaire.*
34. *Que cette action ne se doit executer sur les biens propres de l'heritier que pour sa part & portion, & sur ceux de la succession pour le tout.*
35. *Veritables conclusions de l'hypotequaire.*
36. *L'hypoteque du creancier de la succession n'a lieu sur les biens de l'heritier que du jour que ce creancier fait declarer son titre executoire.*
37. *Ancien abus d'obliger les biens de ses heritiers sans leur participation.*
38. *Si l'heritier qui s'est défaisi des immeubles de la succession, est encore tenu hypotequairement.*

Raisons des creanciers.

Raisons de l'heritier.

38. *Réponse à un argument de Maistre Charles Loyseau.*
40. *Réponse à la garantie du détempteur contre son vendeur.*
41. Quid *si le détempteur n'a pas prescrit.*
42. Quid *si l'heritier est encore possesseur.*
43. *Si un des heritiers estant creancier peut poursuivre hypotequairement ses coheritiers.*
44. *Si les heritiers sont sujets à la contrainte par corps qui avoit lieu contre le défunt.*
45. *Combien dure l'action personnelle hypotequaire contre l'heritier.*
46. Quid *de l'hypotequaire qui resulte de la Sentence obtenuë par un creancier chirographaire.*
47. *Qu'un heritier peut obliger ses coheritiers au payement de leurs parts des dettes.*

1. Partage de la matiere. La matiere du payement des dettes d'une succession, consiste en trois parties, dont la premiere comprend les actions que les creanciers du défunt ont droit d'intenter pour le payement de leur dû. La seconde, distingue les personnes qui sont obligées de payer les dettes d'un défunt : Et

fives à proportion de l'émolument, ne laisse pas d'estre obligé de payer sa part virile aux creanciers qui ont interest de se conserver ce droit, à cause qu'il y a souvent des heritiers moins solvables que les autres: ce qui peut estre fondé sur la disposition de la Loy 2. §. 2. *ff. de verb. obligat.* qui dit en general, *Non enim ex persona heredis conditio obligationis immutatur.*

Qu'à Amiens, où il y a solidité contre chacun des heritiers.

C'est sur ce fondement qu'on juge pour la Coutume d'Amiens, que comme par une disposition singuliere de cette Coutume, chacun des heritiers est tenu solidairement de la dette, suivant les articles 91. & 159. il ne suffit pas à un puîné d'offrir sa part des dettes à proportion de l'émolument, suivant l'article 80. de cette Coutume, & de renvoyer le creancier pour le surplus contre son aîné: auquel cas la succession estant toute composée de fiefs, le creancier ne pourroit exiger qu'un quint de sa dette du puîné ou de tous les puînez, parce qu'ils n'ont qu'un quint dans les heritages nobles abregez ou restraints, suivant l'art. 71. Mais que le creancier peut poursuivre le puîné solidairement pour toute sa dette, suivant les mêmes articles 91. & 159. sauf le recours de ce puîné contre son aîné & contre les autres puînez, & qu'ainsi cet article 80. qui ordonne le partage des dettes, à proportion de l'émolument quand il y a des fiefs, n'a lieu qu'entre les freres, & non pas au respect des creanciers. Voyez Heu sur cet art. 80. de la Coutume d'Amiens, nomb. 4. Voyez au nomb. 7. les temperammens qui ont esté apportez à cette obligation solidaire que cette Coutume impose aux heritiers.

6. Ni de s'adresser à la veuve qui prend les meubles.

Il y a même des Coutumes qui favorisent en cela les creanciers, comme la Coutume de Touraine, qui porte en l'art. 268. qu'encore que la veuve ait pris les meubles, les creanciers se pourront adresser à l'aîné, ce que Palu interprete de l'aîné & des autres enfans, & la Coutume de Bar, art. 131. en dispose ainsi. Enfin, il y en a où chacun des heritiers mobiliers, peut estre poursuivi solidairement pour les dettes personnelles, comme la Coutume d'Amiens, art. 159. Mais dans ces Coutumes l'on ne comprend point, sous cette Loy trop rigoureuse, l'obligation d'acquitter les legs qui sont des titres lucratifs, qu'il suffit de Droit commun aux heritiers d'acquitter *pro portionibus hereditariis L. penult. C. de jure codicill.* De même, les enfans heritiers de leur mere ne sont tenus en vertu de cet article, qu'à payer solidairement la moitié des dettes de communauté, supposé qu'ils l'acceptent; & non pas le tout, comme il fut soûtenu le Mardi 25. Janvier 1661. en une Cause du Rôle d'Amiens, qui est rapportée dans les Not. Arr. depuis 1657. Enfin, si dans ces Coutumes il se trouve que ce soit un des heritiers qui soit creancier de la dette, il perd le fruit de cette solidité, parce qu'il en confond sa part par son addition, & par consequent divise sa dette.

7. Coutumes où il y a action solidaire contre les heritiers, & avec quels temperamens elles le doivent entendre.

8. Coutumes où l'heritier ne peut estre contraint que *pro modo emolumenti.*

Il y a d'autres Coutumes où l'heritier mobilier ne peut estre contraint que pour sa part de l'émolument: & c'est la disposition de l'art. 32. du tit. 19. de la Coutume de Bourges, & de plusieurs autres. A l'égard de la Coutume d'Auvergne, elle dit en l'art. 22. du chap. 12. que les creanciers du costé paternel doivent se pourvoir contre les heritiers du même costé, & les creanciers du côté maternel contre les heritiers maternels, & en l'art. suivant, que les creanciers des dettes créées par le défunt, peuvent diriger leur action personnelle, tant contre les heritiers paternels, que contre les maternels, sauf leur recours.

9. Quid des Coutumes où les dettes suivent leur ligne.

10. S'il se fait une subdivision d'une part virile au profit des representans.

L'on peut demander si les representans que l'on suppose n'estre tenus que de l'action personnelle; soit que le creancier ne soit que chirographaire, soit qu'ils ne soient point eux-mêmes possesseurs d'immeubles, seront tenus chacun en leur particulier de payer le total de la part, que la personne representée auroit payée? Et il faut répondre qu'il se fait encore entr'eux une subdivision de cette part, parce que l'action personnelle n'emporte jamais aucune solidité, & que la representation même n'est pas individuë, chacun representant pour la part, dont il est actuellement, ou dont il auroit pû estre heritier. Car quoiqu'il ne soit point necessaire que le representant soit heritier de la personne representée; neanmoins il ne la represente que pour sa part & portion. La representation n'estant qu'une subrogation au lieu & place de la personne representée, suivant les termes de la Novelle 118. chap. 1. & chacun des representans ayant le même droit dans cette subrogation, & faisant une teste distincte & separée dans la subdivision, & le creancier se devant imputer, en ce cas, de ne s'estre assuré que d'une simple action personnelle, & toûjours divisible.

11. De la separation des biens.

Les creanciers ont encore une autre action, qui est de demander la separation des biens, & cette separation est une matiere qui a ses difficultez: car si l'on en croit quelques Interpretes, & si elle ne se donnoit dans le Droit Romain qu'aux creanciers chirographaires du défunt, elle n'avoit pas assez d'étenduë, & si nous la donnons dans nostre Droit aux creanciers de l'heritier, comme le prétendent la plûpart des Arrestographes, alors elle en aura trop. Je m'explique, & je dis en un mot, que non-seulement les creanciers chirographaires du défunt, mais les hypotequaires peuvent avoir besoin de cette separation, parce qu'il se peut faire que les creanciers hypotequaires de l'heritier ayent des titres anterieurs à ceux des creanciers du défunt, & qu'ils luy ayent presté leurs deniers, sous l'hypoteque expresse de ses biens presens & à venir: auquel cas, si ces creanciers souffrent la confusion des patrimoines qui arrive par l'addition d'heredité, il s'ensuivra que les creanciers posterieurs du défunt, seront exclus sur ses biens mêmes, par les creanciers anterieurs de l'heritier, ce qui n'est pas juste: c'est pourquoy nonobstant ce qu'en dit le Grand, sur l'art. 83. de la Coutume de Troyes, gl. 3. nomb. 16. j'estime que les creanciers hypotequaires du défunt, aussi-bien que les chirographaires, ont interest de demander cette separation. Aussi il n'y a point de texte précis qui la leur refuse: Mais il est vray que dans le Droit Romain les seuls creanciers du défunt pouvoient demander cette separation qui leur estoit accordée sur ce fondement, que la mort fixe l'état des biens & des dettes d'un homme: c'est pourquoy aussi dans nostre Droit ceux qui sont simples creanciers chirographaires, lors de la mort de leur debiteur, ne peuvent jamais devenir creanciers hypotequaires de sa succession, mais seulement de son heritier.

12. Qu'estant les creanciers hypotequaires du defunt, que les chirographaires, ont interest de pouvoir demander la separation.

13. Qu'en Droit les creanciers de l'heritier n'ont point la separation.

Pour ceux de l'heritier, ils n'ont pas ce privilege de la separation, par la raison qu'ils ne peuvent pas empêcher que leur debiteur ne contracte de nouvelles dettes, & ne s'oblige par l'addition d'heredité aux creanciers du défunt. Et c'est la disposition de la Loy 1. §. 2. *ff. de separation.* qui dit, *dum licet aliqui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.*

14. Si cela a lieu dans nostre Droit.

Or pour sçavoir si cette disposition se doit observer dans nostre Droit François, & s'il n'est pas

image
not
available

empêcher l'effet de cette fraude, les creanciers doivent avoir recours au Preteur, c'est-à-dire, au titre *Quæ in fraudem creditorum*, ce qui ne leur doit estre permis neanmoins que difficilement ; aussi dans nostre Droit si un heritier estoit convaincu de cette fraude, & cela par des circonstances évidentes, il y auroit lieu de permettre cette action extraordinaire à ses creanciers, ce qui doit aussi estre admis fort rarement, n'y ayant rien de plus naturel & de moins suspect, que de se porter heritier d'un défunt dont la succession est déferée par la Coutume. Et cecy même se termineroit à une action revocatoire, & ne seroit pas cette action directe en separation de biens, de laquelle il s'agit icy : Mais ce cas, qu'il est fort difficile de rencontrer, dautant que le titre *Quæ in fraudem*, n'est pas d'un grand usage parmy nous, ne fait point d'obstacle à nostre proposition generale, que les creanciers de l'heritier, & principalement les chirographaires, ne peuvent demander la separation des biens, contre laquelle je ne vois aucune raison solide, mais seulement quelque routine & mauvaise tradition, dont les Juges sont toujours en droit d'arrester le cours, comme d'une méchante monnoye.

11\. Les legataires, l'heritier necessaire & les creanciers du pecule castrense du fils, peuvent encore demander la separation. Au reste, quand nous disons qu'il n'y a que les creanciers du défunt qui puissent demander la separation des biens, nous ne prétendons pas exclure ses legataires, qui usent de ce même droit, non plus que son heritier necessaire, qui ne fait que prester son nom pour la vente des biens de la succession, & qui outre la liberté qui luy est duë, a droit de separer ce qu'il a acquis depuis l'ouverture du testament, pour empêcher que cela ne se confonde avec les biens de son patron. Cette même action appartient encore dans le Droit aux creanciers du *pecule castrense* du fils, & au patron de l'affranchi, selon la Loy 1. §. 9. & la Loy 6. §. 1. *ff. de separation.*

12\. Que la separation doit se demander, avant que les biens soient réellement cõfondus. Aprés avoir examiné qui sont ceux qui peuvent demander la separation des biens, & avoir montré que cette action appartient principalement aux creanciers du défunt, il faut voir sous quelles conditions cette grace leur est accordée, dont la premiere est, qu'elle se doit demander avant que les biens du défunt soient confondus réellement avec ceux de l'heritier, *L. 2. ff. de separation.* ensorte neanmoins qu'un bon & fidele inventaire empêche cette confusion à l'égard des meubles : & sans inventaire même, tandis que les biens se peuvent distinguer, & qu'il n'y a aucun soupçon de fraude, la separation a toujours lieu.

13\. Plus dans les cinq ans. Et de fait, à proprement parler, la separation ne vient qu'aprés la confusion, à moins que la confusion ne soit irreparable : C'est ce que dit le President Faber en son Traité *de error. pragmat. decad. 2. err. 2. num. 9. Si nullum*, dit-il, *factum sit inventarium, sit quidem confusio patrimoniorum, sed non impedit ea res quominus edictum de separationibus locum habere debeat : quin potius confusionem illam fieri necesse est, ut separationi locus esse possit.* Cet Auteur continuë, & dit que cette confusion ne fait obstacle à la separation, que quand elle est invincible, comme si le bled & l'argent du défunt & ceux de son heritier ont esté meslez, & qu'elle ne luy fait point obstacle, quand on peut distinguer les biens, suivant la Loy 1. §. *præterea ff. de separat.* qui dit, *si prædia extent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod separari possit.* C'est pourquoy il semble qu'au moment que la separation est ordonnée, les actions qui avoient esté confuses par l'addition, commencent à revivre, parce que tant que le titre, qui doit faire la confusion, n'est point incommutable, la confusion ne l'est pas non plus, suivant ce que nous avons établi au liv. 3. chap. 4. du Benefice d'Inventaire, nomb. 54.

14\. Que la separation empêche la confusion. ☞ Cela peut faire neanmoins difficulté : car si on suppose, par exemple, que Titius ait esté heritier de sa mere, & qu'ensuite il l'ait esté de son pere, & ainsi qu'il ait confondu en sa personne les reprises & conventions de sa mere, les creanciers maternels semblent ne pouvoir pas distinguer les biens de la mere, & faire revivre ses droits au préjudice des creanciers du pere ; parce que ces creanciers ne peuvent pas empêcher qu'il n'ait confondu en sa personne les droits & actions qu'il avoit contre son pere, depuis qu'il est devenu son heritier, puisqu'ils ne peuvent pas empêcher qu'il ne soit heritier de ses pere & mere.

D'un autre côté aussi on dira contre la confusion, que l'action en separation ne consiste qu'à empêcher pareille confusion : & que comme les creanciers du défunt empêchent que l'heritier ne confonde ses biens avec ceux du défunt qu'ils representent ; aussi les creanciers du chef de sa mere doivent empêcher par l'effet de cette separation, qu'il ne confonde les actions qu'il a du chef de sa mere contre la succession de son pere.

J'estime que les creanciers de la mere estant creanciers de la défunte, ont la separation des biens, contre les creanciers du pere, qui à leur égard sont les creanciers de l'heritier, & qu'à Paris les creanciers du pere qui sont creanciers du défunt, ont la même action contre les creanciers de la mere, qui à leur égard sont aussi creanciers de l'heritier : Ainsi les creanciers de la mere empêchent que le fils ne confonde ses droits maternels en qualité d'heritier de ses pere & mere, comme ils empêchent que le fils ne confonde les biens de la mere leur debitrice avec ses biens particuliers, parce qu'à l'égard de ces creanciers maternels, les biens du pere sont les biens du fils : & à Paris les creanciers du pere peuvent empêcher la même confusion, supposé que la mere ait dû au pere, parce qu'il est aussi vray de dire à leur égard que les biens de la mere, sont les biens particuliers du fils heritier. Ce qui fait que par la même raison qu'ils empêchent que les biens de l'heritier ne se confondent avec ceux du défunt, ils empêchent aussi cette confusion qui vient du concours de ces qualitez incompatibles, ou plûtost ils les separent de nouveau aprés la confusion, suivant la remarque de Faber.

En effet, c'est principalement pour les droits incorporels & pour les actions, que la separation a esté inventée, les immeubles réels en ayant moins besoin, parce qu'ils sont separez de leur nature. Aussi tout le titre du *ff. de separation.* comprend toute sorte de biens, outre qu'il seroit injuste que les creanciers de la mere perdissent leurs droits, par la raison que le fils s'est porté heritier tant de son pere que de sa mere ; ce qui est fondé sur la Loy 3. du même titre, où il est dit, qu'un particulier ayant cautionné son heritier présomptif, qui luy a succedé peu aprés le creancier, en qualité de creancier du défunt, pouvoit demander la separation, par cette belle raison que rend le Jurisconsulte : *Neque enim ratio juris, quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem quæ major fuit, exclusit, damno debet afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.*

Il n'en est pas de même au cas que celuy qui estoit heritier de sa mere, & en cette qualité avoit

image
not
available

qui l'ayant une fois demandée sembloient devoir estre exclus en tous cas de se venger sur les biens de l'heritier, suivant le §. 17. de la Loy 1. qui vient d'estre cité. Et que cependant il estoit plus à propos, *commodius est*, d'admettre les creanciers du défunt, au residu des biens de l'heritier, aprés que les creanciers particuliers de cet heritier avoient esté acquittez. Mais l'opposition du Jurisconsulte Paulus & du grand Papinien est plus formelle. Cependant outre la grande autorité de ce dernier, qui estoit un contrepoids suffisant contre tous les autres, la raison & les maximes demandent que son sentiment prévale: car la separation obtenuë par les creanciers du défunt, n'estoit pas capable d'effacer l'addition, ou l'immixtion de l'heritier, & ne servoit pas d'exception à la maxime, *Qui semel heres, nunquam desinit esse heres.* Ainsi l'heritier demeuroit toûjours sujet à l'action personnelle, & ses propres creanciers payez, il estoit juste que ceux du défunt le fussent sur le residu.

27. Que les creanciers du défunt qui ont obtenu la separation, estant remplis, ceux de l'heritier viennent sur les biens du défunt.

Cela ne fait donc pas de doute, selon le grand Papinien, & tous les autres, à l'égard des creanciers de l'heritier. Car si les creanciers du défunt qui ont demandé la separation, s'estant payez sur les biens du défunt, il y a du restant, ceux de l'heritier viennent aussi sur ce restant, parce que c'est du bien qui appartient à leur debiteur. Ce qui est décidé dans le même §. 17. de la Loy 1. *ff. de separat.*

28. Si les biens donnez & rapportez sont reputez des biens du défunt dans la separation.

On demande encore si les biens mêmes qui ne sont de la succession du défunt, que par le rapport qui en est fait par son heritier, qui en avoit esté donataire en avancement d'hoirie, entrent dans le partage des creanciers du défunt qui demandent la separation des biens, & sont reputez pour le present faire partie de sa succession, comme s'il n'en avoit jamais disposé, ce qui se presente en cette espece, où l'on suppose qu'un pere a laissé deux enfans, l'aîné qui estoit donataire, & le cadet à qui il n'avoit rien donné. Ces deux enfans se sont portez heritiers croyant la succession bonne, & ont partagé les biens. Et dans le partage l'aîné a rapporté ce qui luy avoit esté donné: depuis quoy il a paru des dettes inopinées, mais les enfans n'estant pas moins oberez de leur chef, les creanciers de la succession se sont resolus de demander la separation des biens, & ont prétendu que les biens rapportez par l'aîné estoient des biens du pere, les enfans & leurs creanciers particuliers ont prétendu le contraire.

Raisons pour les creanciers du défunt.

Les creanciers de la succession ont dit, que les biens rapportez estoient censez de la succession, puisqu'ils estoient entrez dans la masse qui avoit esté partagée actuellement, & que c'est l'effet naturel du rapport. C'est ainsi que nous avons dit au Chapitre des rapports, nomb. dernier, qu'une fille rapportant un fief, le fils aîné avoit droit d'y prendre son droit d'aînesse. C'est ainsi que nous avons dit au Chapitre de la legitime, sect. 8. nombre 3. que pour empêcher que le legitimaire ne donne atteinte au droit d'aînesse, il suffit qu'il y ait d'autres biens de la succession, quand même ils n'y seroient que par rapport de legitime. C'est aussi sur le même fondement que nous avons dit ailleurs, que le rapport qui se fait de l'heritage donné par le pere, fait quelquefois évanoüir toutes les hypoteques que le fils avoit creées sur l'heritage. Et toutes les discussions ont le même principe que le rapport fait, que l'heritage donné n'est pas moins des biens de la succession, que s'il n'estoit jamais sorti des mains du pere.

Enfin, cette question a esté jugée en termes précis en faveur des creanciers du défunt, par un Arrest du 9. May 1615. rapporté par Gouget dans son Traité des criées, part. 3. quest. 35. page 740.

Il y a encore d'autres exemples qui semblent appuyer ce parti. Car les creanciers de la succession du pere, comme estant à ses droits, peuvent demander aux doüairiers le rapport des donations qui leur ont esté faites en avancement d'hoirie, comme nous avons établi, livre 2. chap. 5. du doüaire, sect. 2. distinct. 3. nomb. 36. d'où l'on peut raisonnablement conclure, que quand les enfans se sont une fois portez heritiers, les creanciers de la succession qui ont obtenu la separation des biens, peuvent demander le rapport de la succession. En second lieu, un creancier d'un des heritiers peut, en exerçant ses droits, demander le rapport à ses coheritiers, comme nous avons établi au liv. 3. chap. 6. des rapports, sect. 2. nomb. 62. Ainsi pourquoy cela ne sera-t-il pas permis à un creancier de la succession.

En troisiéme lieu, un second mari peut obliger les enfans heritiers de sa femme au rapport, pour fixer sa part de moins prenant, ce qui est traité au même endroit, nomb. 59. ce qui montre que la diversité des titres n'empêche pas toûjours une demande de rapport.

Raisons pour les creanciers des heritiers.

Nonobstant tout cela, je conclus pour la negative, parce que supposé que les biens extans ne suffisent pas pour les creanciers du pere qui ont demandé la separation, comme il faut necessairement le présupposer dans cette question: (car s'ils suffisoient, ces creanciers n'auroient pas besoin de demander à se venger sur les donations que l'on suppose anterieures à leurs creances,) en ce cas, il est injuste de permettre à ces creanciers de se prévaloir d'un rapport qui n'auroit lieu que pour eux, & seroit inutile, même préjudiciable à l'heritier, encore moins contre des creanciers particuliers de l'heritier: ce qui détruiroit l'effet de la separation, qui est que les creanciers du pere se vengent sur les biens du pere, & ceux du fils sur les biens du fils: Or la donation n'est censée un effet de la succession par le moyen du rapport, qu'entre les freres même, & en faveur de l'égalité: & non au préjudice de tous les freres, parce que le rapport n'est établi que pour l'égalité. C'est ainsi qu'il n'y a point de rapport à l'égard du fisc, qui est aux droits d'un des heritiers: c'est ainsi qu'il n'y en a point, au respect d'un legataire universel étranger, qui pour s'exempter d'acquitter un legs dont il est chargé, demande le rapport au fils legataire, & veut luy opposer l'incompatibilité des qualitez de legataire & heritier: C'est ainsi qu'il n'y en a point d'un enfant aux collateraux, au respect desquels un fils unique peut estre legataire & heritier.

Il faudroit dire le contraire de nostre décision, au cas que les creanciers du pere n'eussent affaire qu'aux deux enfans heritiers, & que ces enfans n'eussent point de creanciers particuliers, ou fussent sortis d'affaire avec eux depuis la separation demandée par les creanciers de la succession, parce que cette separation des biens demandée par les creanciers du défunt, ne déchargeant par ses heritiers du payement des dettes, il est vray de dire, que soit que l'on considere les biens donnez comme estant de la succession du pere, soit comme appartenant à l'enfant donataire, ou aux

ne l'estimons pas une charge fonciere : nous en avons même quelques decisions dans nos Coutumes, comme dans celle de Montfort, art. 112. & celle de Mantes, art. 172. Au reste, l'usage a étabil une exception à la regle qui vient d'estre alleguée, que la détemption de l'heritage sujet à la rente fonciere, faisoit une double obligation en la personne de l'heritier possesseur de l'heritage, dont l'une personnelle : car cela ne s'observe point à l'égard de l'heritier beneficiaire, qui n'est point tenu & ne peut estre poursuivi sur ses propres biens, mais seulement sur ceux de la succession : Ensorte que l'on ne peut executer cette action personnelle, qui resulte d'une rente fonciere, & qui fait partie de l'action mixte, que sur l'heritage qui la doit, & sur les autres biens de la succession beneficiaire ; ce qui est fondé sur le premier & principal effet du benefice d'inventaire, qui est d'empêcher que l'heritier ne soit tenu audelà des forces de la succession, & à cet effet d'empêcher aussi que ses biens ne se confondent avec ceux de la même succession. Ce qui pourroit arriver s'il devoit estre poursuivi personnellement, & contraint de payer sur ses propres biens.

31 Exception à l'égard de l'heritier beneficiaire qui n'est jamais tenu sur ses propres biens.

32. Des dettes qui ne se divisent pas.

Outre les dettes pour lesquelles l'action mixte a lieu, il y en a d'autres qui sont aussi individuës de leur nature, & que le creancier peut poursuivre solidairement contre chacun des coheritiers, sauf leur recours entr'eux. Les exemples en sont en la Loy 2. *ff. de verb. obligat.* où il se voit que l'obligation de fournir un homme, & celle de livrer un chemin en quelque endroit, sont individuës. L'on peut ajouter l'obligation de faire quelque édifice. L'action réelle & la revendication est de cette nature : & l'heritier qui possede la chose que l'on a droit de revendiquer, est tenu seul de s'en désister, sauf son recours, selon la Loy *possessor 55. ff. de rei vendicat.*

33 De l'action hypotequaire.

Enfin, l'action hypotequaire n'est point non plus sujette à division : & c'est ce qui est parfaitement expliqué dans la Loy 2. *C. si unus ex pluribus*, qui dit : *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur ; pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident, cum ejus obligatio non personam obliget, sed rem sequatur ; qui possident tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant.* Le creancier qui a droit d'intenter ces sortes d'actions, n'estant point tenu de suivre la division des dettes passives, que la Loy des XII. Tables a établi entre les coheritiers, ou qu'ils se sont faites eux-mêmes dans leur partage, & n'estant point obligez de se faire plusieurs adversaires au lieu d'un, comme dit la Loy 3. §. *ex pluribus ff. de verb. obligat.*

Le creancier hypotequaire a donc un double droit contre l'heritier du défunt, qui possede des immeubles de la succession : car en vertu de son action personnelle il le peut faire condamner pour sa part & portion, & aura hypoteque de ce jour sur les biens particuliers de cet heritier, jusques à la concurrence de sa part & portion seulement, & en vertu de son action hypotequaire, il peut l'obliger de déguerpir ; si mieux il n'aime payer le tout. Ensorte qu'il peut bien faire vendre les biens de la succession pour le total de la dette ; mais il ne peut regulierement faire vendre les biens particuliers de l'heritier, que pour sa part & portion. C'est pourquoy s'il fait passer titre nouvel à cet heritier, il se doit conformer à cela : & l'heritier ne doit affecter ses biens particuliers, que pour sa part & portion, & les biens de la succession pour le tout, selon les plus pures maximes, & l'avis de Maistre Antoine Mornac, sur la Loy *Paulus ff. de pignor.* de Maistre Julien Brodeau sur la fin de son Commentaire, sur la lettre H. de Monsieur Loüet, nombre 19. & de la Lande sur l'article 360. de la Coutume d'Orleans, page 443. col. 2. (quoique l'usage du Châtelet est que l'on y condamne indéfiniment & sur ses propres biens l'heritier qui est détempteur d'immeubles, même pour le total de la dette.) L'union qui se fait de l'action personnelle & de l'hypotequaire en la personne de cet heritier, ne se fait que jusques à la concurrence de sa part afferante en la succession, & encore un coup, en tous ces cas l'heritier a droit de distinguer ce qu'il doit comme heritier, d'avec ce qu'il doit en qualité de détempteur, de n'obliger ses biens comme heritier que pour sa part & portion de la dette, & de soumettre ce qu'il possede des biens de la succession au payement de toute la dette : & lorsque le creancier le poursuit hypotequairement, à parler dans l'exactitude des regles, il ne doit directement que le désistement, c'est-à-dire, le délaissement par hypoteque, & il est seulement en la faculté de payer pour éviter ce désistement ; mais l'action du creancier devant estre dirigée pour le délaissement seulement, & n'estant pas même necessaire qu'il ajoute, *si mieux n'aime payer*, parce que c'est une faculté qu'a le détempteur, dont il se doit servir, si bon luy semble. Tellement que les veritables conclusions qu'un creancier hypotequaire devroit prendre contre un heritier détempteur d'immeubles, seroient à ce qu'il fût tenu de payer personnellement pour sa part & portion, & hypotequairement de délaisser les immeubles de la succession, ce que je ne propose ici sur le fondement des principes établis par Maistre Charles Loyseau en son Traité du Déguerpissement, liv. 3. chap. 4. que pour mieux marquer l'effet naturel de cette action. Car au surplus, il faut convenir que l'usage est contraire, & qu'il a changé l'ordre de l'action hypotequaire, dont les conclusions ordinaires sont à ce que le détempteur soit tenu de payer, si mieux n'aime déguerpir, & qu'enfin par l'usage du Chastelet de Paris, tout heritier détempteur d'immeubles, est tenu même sur ses propres biens de payer tout.

34. Que cette action ne se doit executer sur les biens propres de l'heritier que pour sa part & portion, & sur ceux de la succession pour le tout.

35. Veritables conclusions de l'hypotequaire.

☞ Ce qu'on n'a pourtant pas fondé sur l'art. 333. de la Coutume de Paris, qui dit bien que l'heritier détempteur d'immeubles est obligé de payer le total de la dette, sauf son recours contre ses coheritiers, mais ne dit pas qu'il y puisse estre contraint sur ses propres biens, qui ne sont affectez hypotequairement que jusqu'à concurrence de sa part & portion. En effet, l'action personnelle qui est la premiere & principale action dont l'heritier est tenu, résiste à cela : elle emporte une division de la dette, & la possession des biens de la succession qui survient, & soumet ce coheritier à l'action hypotequaire ; ne l'oblige que sur les biens de la succession, suivant la maxime ordinaire : *Limitata causa limitatum producit effectum* ; elle n'est qu'accessoire à la personnelle qui doit toûjours tenir le premier rang, elle n'efface pas la division originaire de la dette, qui a lieu de plein droit entre coheritiers : c'est une qualité adherente qui n'excede pas son sujet. Il seroit injuste que l'action hypotequaire que cette possession produit, étendit son effet audelà de l'hypoteque, & qu'elle allât détruire l'effet de l'action personnelle, qui est la division de la dette au respect des biens particuliers de l'heritier.

Que s'il arrivoit qu'un heritier eût payé sa part

image
not
available

qui soumettent une personne à deux actions differentes. La premiere n'oblige au payement de la dette, que pour la part & portion : La seconde, oblige au payement du total de la dette, tandis que l'on conserve la possession de la chose hypotequée. Ainsi un heritier qui ne possede plus aucuns immeubles, non plus qu'un tiers détempteur qui cesse de posseder, n'est point tenu hypotequairement ; & cela, soit qu'il ait déguerpi, soit qu'il ait vendu l'immeuble qu'il possedoit, ce qui est même designé par les termes de l'art. 333. de la Coutume de Paris, qui porte, que si les heritiers sont détempteurs d'immeubles qui ayent appartenu au défunt, & ayent esté hypotequez à la dette, ils sont tenus pour le tout, sauf leur recours : d'où il est facile de conclure, qu'ils ne sont plus tenus du total de la dette, quand ils cessent d'estre détempteurs ; ce qui est décidé formellement en la Loy derniere *C. si unus ex pluribus hered.* où il est dit, que l'heritier qui est détempteur d'immeubles, est tenu de payer le total de la dette hypotequaire, ou de déguerpir les immeubles, *ut vel totum debitum reddant ; vel eo quod detinent cedant.* En quoy le creancier ne souffre aucun préjudice, puisqu'il peut suivre ses hypoteques : & en intenter l'action contre le tiers détempteur, ou se pourvoir sur la chose déguerpie, abandonnée par l'heritier ; si ce n'est que son action se prescrit par un moindre temps de la part du tiers acquereur, que de l'heritier qui est détempteur des immeubles de la succession, & estant une fois prescrite par ce tiers détempteur, son vendeur ne craint point d'action en garantie. Enfin, tous les argumens de la premiere opinion, soit celuy qui est fondé sur la maxime, que quiconque a esté une fois heritier, demeure toûjours heritier, soit celuy qui va à dire, que l'on ne peut pas diviser une succession ; & que quiconque est heritier, le doit estre pour tout ce qui luy est déferé par les Coutumes, ne concluent que pour l'action personnelle, à laquelle l'heritier est toujours soumis ; mais non point pour l'action hypotequaire, dont il se délivre, quand il cesse de posseder ; puisqu'elle est attachée à sa possession.

39. Réponse à un argument de Maistre Charles Loyseau. Il est vray que Maistre Charles Loyseau qui a poussé assez loin cette premiere opinion, a fait un autre argument qu'il a emprunté de Bartole, c'est au liv. 3. de son Traité du Déguerp. chap. 2. nomb. 5. 6. & 7. & au livre 4. chap. 4. nomb. 17. où aprés avoir établi une troisiéme espece d'action, qui s'appelle personnelle hypotequaire, il prétend que quand un heritier a esté une fois soumis à cette action, qui vient du concours de l'action personnelle avec l'hypotequaire, il ne cesse point d'en estre tenu, quoiqu'il déguerpisse les immeubles, sur le fondement de ce principe de Bartole, que *quoties personalis actio concurrit cum hypotecaria, cessat divisio & discussio.* Mais quoique cette maxime soit tres-certaine, elle n'a aucun rapport à la question dont il s'agit. Car il est bien vray que l'heritier estant obligé personnellement en qualité d'heritier, ne sçauroit prétendre de discussion, & estant obligé hypotequairement en qualité de détempteur, ne doit point avoir le privilege de la division, d'où il ne s'ensuit pas que sous prétexte qu'il a esté une fois soumis à ces deux actions, il y demeure toûjours assujetti, & qu'il soit tenu hypotequairement sans estre détempteur d'immeubles. Mais je ferois plus de cas d'une décision de Maistre Jean des Mares, qui est la 167. où il semble incliner à dire que l'heritier qui a vendu les immeubles de la succession, & a profité du prix, est tenu hypotequairement : car il dit, *& nota quod oportet quod ille qui convenitur hypotecaria possideat, vel dolo desierit possidere, nec sufficit quod sit heres aliquis ad hoc quod possit conveniri hypotecaria :* Or il semble que celuy qui a vendu & a profité du prix, *dolo desiit possidere.* Et qu'ainsi il y auroit quelque distinction à faire entre celuy-cy, & celuy qui a esté obligé de déguerpir sur la poursuite de quelques-uns des creanciers de la succession. D'autant plus, que l'Arrest du 23. Aoust 1601. rapporté par Monsieur Loüet, sous la lettre H. nomb. 19. qui a jugé, que l'heritier qui ne possede plus d'immeubles, cesse d'estre sujet à l'action hypotequaire, est dans le cas d'un déguerpissement ; & non d'une vente volontaire dont l'heritier ait reçû le prix. Or il est sans difficulté, que dans le premier cas l'heritier qui a déja esté assez infortuné pour estre obligé de déguerpir pour les dettes de la succession, le seul immeuble de la succession qu'il possedoit, ne doit plus estre tenu hypotequairement.

Resolution pour l'heritier.

Si l'on juge de cela par les principes du Droit, il est constant qu'il n'y avoit qu'une même action hypotequaire, soit contre le tiers détempteur, soit contre l'heritier qui possedoit des biens affectez & hypotequez aux dettes, qui s'appelloit *quasi Serviana*, ou *utilis Serviana*, & que par consequent l'heritier qui cessoit, de quelque maniere que ce fût, d'estre possesseur des biens affectez à la dette, cessoit aussi d'estre tenu hypotequairement, comme tout autre, lequel auroit cessé d'estre en possession des ces mêmes biens. Aussi la faculté que la Loy derniere *C. si unus ex pluribus hered.* donne à l'heritier de déguerpir la chose hypotequée, marque assez que la seule possession estant la cause de la condamnation hypotequaire & de la solidité, l'heritier qui cesse de la posseder par quelque voye que ce soit, est exempt de cette action. Car si sous pretexte que l'obligation personnelle & l'hypotequaire se trouvent jointes ensemble en la personne d'un heritier, l'on pouvoit dire, qu'il represente absolument en toutes choses la personne du défunt, il s'ensuivroit que le déguerpissement même luy seroit inutile, & n'empêcheroit pas qu'il ne fût tenu pour le tout de la dette hypotequaire. Ainsi ce qui est décidé par cette Loy 2. au cas du déguerpissement, doit avoir lieu en cas de vente ; puisqu'il est également vray de dire, en l'un & en l'autre cas, que l'heritier cesse de posseder, & que comme il n'estoit tenu hypotequairement, qu'à cause de sa possession, il n'est plus sujet à l'action hypotequaire, mais seulement à l'action personnelle & divisible. Or je ne vois aucune raison de difference dans nostre Droit François : car s'il y a un cas où l'on a consideré cette union des deux actions personnelle & hypotequaire, qui est lorsque l'on a prorogé la prescription de ces deux actions jusqu'à quarante ans, cela même est tiré du Droit Romain. Ainsi nostre double action personnelle & hypotequaire a à peu prés les mêmes principes que dans le Droit Romain. Aussi Maistre Barthelemi Auzannet a esté de cet avis sur l'art. 333. de la Coutume de Paris, dans l'espece particuliere de la vente : & Monsieur Loüet, qui avoit esté le Rapporteur de l'Arrest du 23. Aoust 1601. finit le recit qu'il fait de cet Arrest sous la lettre H. nomb. 19. par ces termes, qui marquent assez que l'heritier qui ne possede plus d'immeubles, soit qu'il les ait vendus, soit qu'il les ait déguerpis, n'est point tenu

tage semblant consommé, ne laisse pas d'estre encore à faire pour cette rente ou cette obligation, ce qui doit obliger le creancier d'exiger au plûtost le contenu en son obligation.

Il y a plus de difficulté à l'égard d'une rente constituée qui a esté reservée dans les mêmes termes au coheritier à qui elle est dûë : car il semble bien rude de diviser cette rente ; & pour moy j'estime qu'elle doit estre divisée, mais que comme cette division procede du partage, aussi le coheritier à qui elle est dûë & à qui on oppose cette division, a droit d'exiger son principal, non-seulement à l'occasion du partage même, mais encore en cas qu'elle luy ait esté reservée dans le partage de la maniere qu'il vient d'estre dit. La raison est, que dés qu'on se prévaut du partage pour diviser la dette, le coheritier à qui elle est dûë, a droit de s'en prévaloir aussi de son costé pour l'exiger : de la même maniere que s'il devoit une rente constituée au défunt, on l'obligeroit d'en faire le rachat dans le partage. Voyez cy-dessus Liv. 3. Chap. 6. Sect. 2. n. 3. Et comme la division est une suite du partage, & une consequence de l'action *familiæ ercifcundæ*, aussi le rachat en est une suite & une consequence necessaire. C'est pourquoy la faculté d'exiger recompense le creancier de la division de la rente, & si les coheritiers veulent continuer la rente, il est juste qu'ils se soûmettent à l'action hypotequaire, & que la rente ait cours comme si elle estoit dûë par des étrangers.

Que si il estoit indispensable de differer le partage, tout le profit de la succession dépendant du jugement d'un procés, ou de l'arrivée d'un Vaisseau ; en ce cas, l'heritier pourroit exiger sa creance de ceux qui se seroient declarez heritiers avec luy, mais personnellement & pour leurs parts & portions.]

44. Si les heritiers sont sujets à la contrainte par corps qui avoit lieu contre le défunt.

Au reste, les actions perdent quelquefois de leur force, quand elles s'intentent contre les heritiers. Ce qui se verifie non-seulement dans le cas de la division de l'action personnelle entre les heritiers du défunt, & de la subdivision de cette même action, laquelle arrive, lorsqu'il y a des heritiers qui viennent par representation ; mais encore, en ce que la contrainte par corps qui avoit lieu contre le défunt, ne peut estre exercée contre ses heritiers. A quoy l'on applique la Loy *Ob æs alienum 12. C. de obligat.* qui dit, *Ob æs alienum servire liberos creditoribus jura non patiuntur.* Ce qui a esté jugé par un Arrest du 18. Janvier 1605. Quoiqu'il semble que Bartole sur la Loy *Postulante 44. ad ff. Senat. Trebell.* ait soûtenu le contraire, établissant en general qu'un statut qui permet d'emprisonner le debiteur, doit avoir lieu contre son heritier. En quoy il a esté suivi par Chassanée sur la Coutume de Bourgogne, tit. des Censes, §. 6.

45. Combien dure l'action personnelle & hypotequaire contre l'heritier.

Pour sçavoir à present combien dure l'action personnelle & hypotequaire du creancier contre l'heritier, il faut distinguer le creancier hypotequaire du défunt, d'avec le creancier chirographaire qui obtient une condamnation contre son heritier. A l'égard du creancier hypotequaire du défunt, il faut derechef distinguer les Coutumes qui n'ont point de prescription uniforme. Dans ces Coutumes l'on suit la Loy *Cum notissimi C. de præscrip. 30. vel 40. ann.* qui proroge l'action hypotequaire quand elle se trouve jointe avec la personnelle, jusqu'à quarante ans. Ce qui a lieu, quoique la Coutume n'en ait pas de disposition formelle. Monsieur Loüet, lettre H. n. 3. Monsieur le Prestre dans les Arrestez de la Cinquiéme, du mois de Septembre 1587. Gouget, part. 3. qu. 43. Au lieu que dans les Coutumes qui ont une prescription uniforme de trente ans ou autre temps, l'on ne proroge pas audelà de ce temps, cette double action, & l'hypotequaire finit avec la personnelle.

46. Quid de l'hypotequaire qui resulte de la Sentence obtenuë par un creancier chirographaire.

Pour ce qui est du creancier chirographaire qui a obtenu une condamnation contre son debiteur ou ses heritiers, c'est une question de sçavoir si cette hypoteque qui vient en vertu de la Sentence, sous prétexte qu'elle est jointe avec l'obligation personnelle, se proroge jusqu'à quarante ans. Car d'un costé l'on voit que l'Ordonnance de Moulins de l'an 1566. art. 53. donne hypoteque du jour des Sentences, par cette raison que l'on contracte en jugement. D'où l'on peut inferer qu'en cela la Sentence de condamnation opere le même effet que la convention. Et d'autre part, plusieurs de nos Auteurs, & entr'autres Bacquet, en son Traité des Droits de Justice, chap. 21. nomb. 190. semble d'avis contraire : car ils disent que l'Arrest de verification sur cet art. 53. de l'Ordonnance de Moulins, porte cette modification, que l'hypoteque procedant de la Sentence ne doit durer que trente ans. Et comme nous sommes icy sur une matiere dans laquelle on donne tout à l'usage : car sans cela, il ne seroit pas à propos de proroger l'hypotequaire qui n'est qu'accessoire, quand la personnelle qui est le principal ne subsiste plus, & de suivre la Loy *Cum notissimi*, qui ne nous oblige point, il faut convenir que l'usage & la pratique du Palais, ausquels on défere tout sur cette matiere, est de distinguer l'hypoteque conventionnelle, d'avec celle qui resulte des jugemens, & encore qu'on ne repute pas celle-cy pour une simple hypoteque legale ; neanmoins on tient que cette hypoteque, quoique jointe avec la personnelle, soit en la personne du debiteur, soit en celle de son heritier, s'éteint avec l'action personnelle, & ne subsiste point audelà des trente ans. & cela peut estre appuyé sur trois raisons. La premiere, qu'un debiteur qui a passé une simple promesse, & n'a point créé sur luy d'hypoteque expresse & conventionnelle, ne s'est pas attendu à ne pouvoir prescrire que par quarante ans, l'hypoteque qui resultera de la condamnation que l'on pourra obtenir contre luy. La seconde, est cet Arrest de verification de l'Ordonnance de Moulins. Et la troisiéme est, qu'en general cette prorogation de l'action hypotequaire jusqu'à quarante ans n'est pas un droit extrêmement favorable : quoy qu'il en soit, l'on répond ainsi communément au Palais. Au surplus, il faut observer qu'on ne trouve pas cet Arrest de verification, que Bacquet prétend avoir apporté cette modification à l'art. 53. de l'Ordonnance de Moulins de l'an 1566. & la Declaration du 10. Juillet de la même année, renduë en consequence de cet art. 53. ne dit rien d'approchant.

47. Qu'un heritier peut obliger ses coheritiers au payement de leurs parts des dettes.

☞ Quand les coheritiers sont détempteurs d'immeubles de la succession, ils ont action les uns contre les autres pour s'obliger au payement des dettes communes de la succession, afin que par ce payement les immeubles, dont ils sont détempteurs, soient déchargez des hypoteques des creanciers, mais le coheritier qui n'a que des meubles, a-t-il cette action ; il faut conclure que cette action ne luy doit pas estre refusée, tant parce que les meubles de la succession sont affectez au total des dettes, ensorte que les creanciers les peuvent arrester, & en peuvent demander la separation, que parce que si dans

image
not
available

50. *Si un testateur ayant presque épuisé tous ses biens en legs particuliers, les legataires doivent contribuer aux dettes avec les heritiers.*
51. *Ou avec le legataire universel.*
52. Quid *si les legs particuliers sont au profit de ses heritiers présomptifs.*
53. *Explication de l'Arrest de Gillot.*
54. *Dénouement d'un endroit de Monsieur Cujas.*
55. Quid *si le testateur charge ses legataires particuliers du payement des dettes, & en décharge les legataires universels.*
56. *Des heritiers irreguliers.*
57. *De la restitution des mineurs, & du §.* scio 2. *de la Loy 3.* ff. de min. 25. ann.
58. *Distinction si l'affaire s'est achevée en minorité, ou en majorité.*
59. *Qu'au second cas, il faut derechef distinguer, s'il estoit libre de l'achever, ou si cela n'estoit pas libre.*
60. *Ou si celuy qui contractoit avec le mineur, a affecté de finir l'affaire sous sa majorité.*
61. *Arrest conforme à ces distinctions.*
62. *De la restitution du majeur, & de la Loy* Cumhereditate 55. ff. de adquir. vel omitt. heredit. *où le mineur releve le majeur.*
63. *Si l'heritier du mineur peut se faire relever de son chef, ou changer sa qualité d'heritier pur & simple, en celle d'heritier beneficiaire.*

1. Si le representant est tenu d'acquitter les dettes du representé.

Les heritiers, ou ceux qui tiennent lieu d'heritiers, sont obligez au payement des dettes du défunt, mais ceux qui representent un défunt, & qui ne sont point ses heritiers, ne sont point obligez de payer ses dettes. En effet, le droit de representation fait passer le fils à la place du pere, pour le faire succeder à un ayeul ou à un oncle, selon la Novelle 118. chap. 1. Et en cela il a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpetuelle des fils aux peres, mais il ne procede point d'une qualité civile d'heritier ou de possesseur des biens, & le fils qui represente, ne tient point de son pere le droit qu'il a de succeder à son ayeul, *Quod filius succedat in locum patris seu matris, quantum ad successionem avi, non habet à matre, sed ex dispositione legis*, dit Bartole sur la Loy *Qui superstitis 93. ff. de adquir. hered.* & si nos Coutumes l'obligent au rapport de ce que l'ayeul a donné à son pere, ce n'est que pour l'égalité des branches, & non pas qu'elles supposent, que le representant entre necessairement dans les obligations du representé. C'est pourquoy Jean Sommeren en son Traité de represent. chap. 8. dit, *ex sola repræsentatione nemo quoad extraneos obligatur, genitoris sui hereditate abstinens nepos, rectè & avi & patrui successor est negata paternis conditoribus actione.*

2. Si l'enfant qui profite du retranchement de l'Edit des secōdes nôces, est obligé d'acquitter les dettes.

L'enfant qui profite de la réduction qui se fait d'une donation en vertu & l'un & de l'autre chef de l'Edit des secondes nôces, n'est point non-plus obligé au payement des dettes, pourvû qu'il ne se porte point heritier, ce qui luy est permis par l'Authentique *hæ res*, & le §. *extantes* de la Loy *Hac edictali C. de secundis nupt.* En effet, il a aussi ce profit par la disposition de la Loy, & à titre singulier, & non pas par la disposition du pere, ou à titre universel. Aussi le creancier posterieur à la donation se plaindroit inutilement de cette regle, puisqu'il seroit toûjours frustré par cette même donation, quand elle ne recevroit pas d'atteinte, & à l'égard du creancier anterieur, cette réduction qui se fait en vertu de l'Edit, ne préjudicie point à ses hypoteques.

3. *Quid* si comme heritier il n'a que des meubles, & a quelque immeuble en vertu de ce retranchement.

Que si le fils se porte heritier de sa mere, qui s'est remariée, & obtient ce retranchement, qui consiste en immeubles, n'ayant au surplus que des meubles à titre d'heritier, il semble que l'on pourroit soûtenir, qu'il ne laisse pas d'estre tenu hypotequairement & pour le tout, même envers les creanciers posterieurs à la donation, parce que ce qu'il a en vertu de ce retranchement, il est présumé l'avoir, aussi bien que le surplus, en qualité d'heritier, quand une fois il est heritier, comme dans le païs de Droit écrit, ce qu'un pere obtient à titre de reversion, quand il est aussi heritier de son fils, le titre singulier se confondant alors avec le titre universel : aussi il semble qu'il peut y avoir un droit d'ainesse sur un tel retranchement. Cependant il faut dire, qu'en ce cas, ces immeubles seront considerez comme venus d'ailleurs, & ne seront tenus hypotequairement, que pour la part & portion de la dette, & non pour le total, comme des biens de la succession, parce que c'est une gratification que la Loy accorde aux enfans en qualité d'enfans, & non point en qualité d'heritiers.

4. Divers cas ausquels le renonçant est tenu des dettes.

Nonobstant ce qui vient d'estre dit au nombre 2. il se peut rencontrer des cas dans lesquels un renonçant ne laisseroit pas d'estre obligé de payer des dettes de la succession, comme si un des enfans renonce à une succession échûë en faveur d'un autre, avec clause de cession & transport : car cette renonciation est un acte d'heritier, & oblige au payement des dettes, sauf le recours contre le cessionnaire, selon Monsieur d'Argentré, sur l'article 551. de la Coutume de Bretagne, *casu 3.* Autre chose est, si la renonciation est faite en faveur de tous les coheritiers du renonçant, sans distinction & sans preference, même avec clause de cession & transport, parce que cette renonciation est pure & simple en sa substance, comme il a esté établi au liv. 3. chap. 8. des renonciations, sect. 2. nomb. 15. De même celuy qui reçoit quelque chose de ses coheritiers pour s'abstenir de la succession, ne s'engage point par là au payement des dettes, parce qu'il ne fait point acte d'heritier, suivant la disposition précise de la Loy *Fuit quæstionis 24. ff. de adquir. vel amitt. hered.* Au contraire celuy qui cede à un étranger sa part afferante en une succession, s'oblige aux dettes, sauf son recours.

5. Si l'acheteur d'une succession est tenu des dettes.

Que dira-t-on de l'acheteur d'une succession, & comme il se soûmet ordinairement envers ses vendeurs au payement des dettes, les creanciers ont action personnelle contre luy pour éviter le circuit, & c'est le cas de la Loy 2. *C. de pactis.* Que s'il ne s'est point soûmis au payement des dettes, il semble que les creanciers n'ont que l'action hypotequaire contre luy, ou que tout au plus il leur est permis de venir contre luy subsidiairement & aprés qu'ils ont discuté son vendeur. Cependant il faut dire le contraire, parce qu'il a acheté une succession qui comprend les dettes passives, & qu'il s'est tacitement obligé de les acquitter. Ainsi il est juste, pour éviter le circuit des actions, qu'il soit condamné directement envers les creanciers, suivant la Loy 1. *C. de her. vel act. vend.* qui n'est point particuliere pour le fisc, & suivant la Loy 2. *C. de pactis.* Et il est même tenu *ultra vires*, parce qu'il s'est chargé d'un évenement incertain, & qu'il n'auroit jamais pû estre évincé par le vendeur par la voye de la restitution, quelque gain qu'il eût fait sur son transport. Je vais plus loin : car je suis d'avis, suivant Monsieur Cujas, au livre 2. de ses Observations chapitre 30. qu'il sera tenu de payer à son vendeur ce que le défunt luy devoit, parce que la vente que cet heritier luy a faite, a empêché que la dette ne se

image
not
available

ment des dettes à la succession des meubles. Maistre Charles du Molin sur l'article 26. de la Coutume de Lille dit, que dans la plûpart des Coutumes celuy qui prend les meubles doit payer les dettes : *Per omnes ferè consuetudines Galliæ debita debent solvi primum de mobilibus, in quibus actiones ad mobile continentur, si sufficiant.* Et cet ancien usage estoit fondé volontiers sur ce qu'avant l'Ordonnance de 1539. art. 74. pour se pourvoir sur les immeubles d'un débiteur, on estoit obligé de discuter auparavant ses meubles, cette Ordonnance ayant dispensé de cette formalité. Quoy qu'il en soit, il faut observer, que dans les Coutumes, qui attachent à la succession des meubles le payement des dettes en general; ou le payement des dettes mobiliaires, celuy même qui a les meubles en vertu d'un contrat, ne laisse pas d'estre obligé au payement des dettes, & quoique Maistre Charles du Molin ait fait une Note contraire sur l'article 268. de la Coutume de Tours, laquelle il autorise par un Arrest rendu sur enquestes par turbes au profit d'Isabeau Chabot, veuve de Jacques Groslay; neanmoins l'usage a établi nostre proposition, & la Jurisprudence des Arrests a changé sur cet art. Tronçon sur le 238. de la Coutume de Paris en rapporte un du 14. Avril 1615. rendu en un procés, dans lequel il avoit écrit, & Palu sur cet article 268. de la Coutume de Tours certifie la même chose, & que cette Note de Maistre Charles du Molin n'est point suivie.

13. Ancien usage que le payement des dettes estoit attaché à la succession des meubles.

14. Si aprés la renonciation & la reprise, le mari est encore tenu des dettes mobiliaires contractées par sa femme avant le mariage.

Le creancier d'une dette mobiliaire & authentique, neanmoins contractée par la femme avant son mariage, dont les heritiers ont renoncé à la communauté, a droit de poursuivre le mari survivant, lequel déslors qu'il a contracté communauté, est tellement obligé de payer les dettes mobiliaires de sa femme, qui les doit en tout évenement : Ensorte que la renonciation de la femme, ou de ses heritiers, ne l'en exempte pas, parce qu'elle le rend maistre de tous les effets mobiliers, & de la communauté. Et il possede luy seul ce qu'il partageroit sans cette renonciation. En un mot, c'est la Loy de la communauté, qu'elle accroisse au mari seul, par la renonciation des heritiers de la femme, & que cet accroissement se fasse avec tous les émolumens, & toutes les charges qui composent la communauté, c'est l'avis de Bacquet, chap. 21. nomb. 100. Et cela auroit lieu, au cas même que les heritiers de la femme eussent exercé la reprise stipulée à leur profit dans son contrat de mariage : car ce n'est point l'apport de la femme dans la communauté, qui fait que le mari est tenu personnellement des dettes; mais c'est la communauté même qui ne laisse pas d'avoir lieu, lorsque la dot n'est pas payée, ou que la reprise a lieu. Autrement l'on donneroit à une clause de reprise l'effet d'une clause de separation de dettes. D'ailleurs, si sous prétexte de la reprise, le mari estoit dispensé de payer ces dettes, l'on communiqueroit en cela au mari le privilege de la femme, de n'estre point tenuë audelà des forces de la communauté, ce qui ne se peut pas.

15. Si la femme qui accepte la communauté, & prend des conquests, est sujette à l'action hypotequaire pour une rente passée

Regulierement la femme, aprés la dissolution de la communauté, n'est tenuë & ne peut estre poursuivie, que pour la moitié des dettes de la communauté, suivant l'Arrest du 2. Aoust 1536. rapporté par Monsieur Pithou sur l'article 83. de la Coutume de Troyes, & suivant l'article 221. de la Coutume de Paris : & on ne la peut poursuivre pour cette moitié, que jusques à la concurrence de ce qu'elle profite de la même communauté, par ce que dit du Moulin sur le §. 252. de la Coutume de Poitou, *marito non licet onerare propria uxoris.* Mais on propose cette question sur ce sujet. Un mari avoit créé sur luy une rente avant son mariage, durant lequel il a fait plusieurs acquisitions considerables. Aprés son decés on a partagé la communauté, & la femme a eu moitié des immeubles acquis durant son mariage. Les creanciers l'ont assignée en declaration d'hypoteque, prétendant que suivant l'article 101. de la Coutume de Paris, elle ne peut se dispenser de payer la rente en son entier, ou de déguerpir, qu'elle n'est pas plus favorable que tout autre détempteur qui auroit eu du mari de pareils conquests, & qui seroit tenu de suivre un des deux partis de l'alternative : Qu'il est constant qu'une fois le mari a esté Seigneur & proprietaire de ces heritages, les pouvant aliener & hypotequer, suivant l'article 225. de la même Coutume, même sans le consentement de sa femme, & qu'en cela il n'entre point de fraude contre le droit de communauté appartenant à la femme, puisque cette hypoteque vient de la disposition de la Loy, & en vertu d'une stipulation expresse.

ce créée par son mari avant le mariage.

D'autre part la femme dit, qu'il n'y a que les biens de son défunt mari, qui soient obligez à cette dette, qu'il a pû hypotequer, tant ceux qu'il avoit lors du contrat, que ceux qui luy pouvoient survenir ; mais qu'il n'a pas pû hypotequer ceux d'autruy. Que s'il estoit maistre des conquests durant le mariage, elle avoit un droit habituel sur ses conquests, lequel, aprés la dissolution de la communauté, se devoit convertir, & s'est de fait converti en un droit actuel. Et si son mari avoit amorti cette rente durant le mariage, cet amortissement auroit esté un conquest de communauté, ce qui prouve que le conjoint n'en doit point estre grévé. Qu'enfin elle n'est tenuë de cette dette, ni en son nom : puisque la rente a esté créée par son défunt mari avant le mariage; ni à cause de la communauté, par la même raison, & que c'est une dette immobiliaire, & que d'ailleurs, il est de nostre Droit que l'hypoteque créée par l'un des associez ou copartageans, auparavant que les heritages fussent possedez en commun, se réduit aprés le partage sur la part qui luy est échûë, suivant les Arrests rapportez par Monsieur Loüet, lettre H. nomb. 11. quoique cela soit contre la disposition du Droit, qui a esté suivie en cela par quelques Coutumes, & entr'autres, par la Coutume d'Orleans, art. 188. & 189. Au reste, nostre question s'estant autrefois presentée au Palais, & ayant fait assez de difficulté pour estre appointée, elle fut depuis jugée diffinitivement par Arrest du 9. Avril 1561. qui décida que la femme n'estoit point tenuë hypotequairement de cette rente, c'est-à-dire, qu'elle n'en estoit point du tout tenuë, si ce n'estoit des arrerages qui auroient pû estre dûs jusques à la dissolution de la communauté. L'Arrest en est rapporté par Bacquet en son Traité des Droits de Justice, chap. 21. nomb. 54. & 121. ce qui doit obliger les creanciers du mari d'intervenir au partage de la communauté, pour empêcher que tous les conquests ne soient donnez à la veuve, & les meubles, ensemble les deniers comptans, qui ne sont point susceptibles d'hypoteques, aux heritiers de de leur debiteur.

16. De quel jour le creancier de la communauté a hypoteque sur les biens propres de

L'on a encore douté de quel jour un creancier de la communauté avoit son hypoteque sur les biens propres de la femme, pour une dette contractée par le mari seul durant le mariage, lorsqu'aprés la mort de son mari elle accepte la communauté, si du jour du contrat de mariage, ou du jour de l'obligation, ou du jour de l'accepta-

image not available

communauté, avec les autres dettes de la succession, & que même originairement ce sont des dettes de succession, la femme estant commune, & la renonciation n'estant qu'une faculté : ce qui a esté jugé par plusieurs Arrests rapportez par Tronçon sur l'article 332. de la Coutume de Paris, par Chenu, Cent. 2. qu. 97. par Monsieur Loüet, sous la lettre D. nomb. 15. & par son Commentateur sous la lettre P. nomb. 13. comme il arrive quelquefois que le mari même qui a interest qu'on luy aide à payer les dettes de sa communauté, estant en état d'accepter sa propre communauté en qualité d'heritier d'un sien fils, oblige les heritiers des propres maternels de son fils à y contribuer ; ce qui s'observe au cas qu'il se verifie que le fils eût eu interest d'accepter la communauté, mais il semble que dans ce dernier cas, ils ont moins sujet de se plaindre : car ils profitent de la proprieté de la moitié des conquests qui sont devenus propres naissans en la personne du fils, Enfin, sans sortir de nostre matiere du payement des dettes, l'on pourroit trouver quelque autre exemple, où le choix d'autruy engage quelqu'un au payement des dettes : car cela n'arrive-t-il pas lorsque la veuve a le choix du doüaire préfix, ou du coutumier, & que choisissant le préfix elle oblige les heritiers mobiliers d'y contribuer, quoiqu'ils n'eussent rien payé du doüaire coutumier ?

24. Le pere estant heritier mobilier du fils, & la veuve du fils renonçant à la communauté, il faut que les heritiers des propres contribuent au total des dettes de la communauté.

L'on juge encore une autre chose sur le fondement des principes qui viennent d'estre établis, que quand un pere est heritier mobilier de son fils, lequel estoit marié, & que sa veuve renonce à la communauté, & qu'ainsi elle accroist toute entiere au pere, les heritiers des propres du fils sont obligez de contribuer avec luy au total des dettes de la communauté, quoiqu'ils prétendissent que comme la veuve acceptant la communauté auroit payé la moitié des dettes, sans qu'il y eût eu aucun recours contr'eux ; aussi le pere qui profitoit de la part de la communauté que la veuve eût pû accepter, devoit payer indéfiniment cette moitié des dettes, sauf à contribuer avec luy pour l'autre moitié, & l'on a jugé la contribution au total par l'Arrest du 23. Aoust 1586. rapporté par Monsieur Loüet en la lettre D. nomb. 13.

25. Exception à l'égard des deniers réalisez.

Cependant je trouve qu'il y a une exception à nostre proposition principale, au cas qu'il s'agisse de deniers réalisez au profit de la femme par son contrat de mariage : car sur la question de sçavoir si tous les heritiers contribuent à la restitution de ces deniers, la plûpart distinguent, & disent que si la communauté est bonne, & est acceptée par la femme, ou par ses heritiers, en ce cas, les deniers réalisez se prennent sur la communauté seulement, & se payent par les seuls heritiers mobiliers du mari : parce que ce ne sont pas tant des dettes de communauté, que des effets de la même communauté, qui se reprennent par la femme : Mais que si la communauté n'est pas bonne, en ce cas, ces deniers sont des dettes de la succession du mari, ausquelles tous ses heritiers doivent contribuer.

26. Si le pere qui succede à l'usufruit des propres naissans de son fils, contribuë aux dettes pour cet usufruit.

Il y a des titres singuliers de succession à l'égard desquels on a douté s'ils engageoient au payement des dettes ; par exemple, l'on a demandé, si un pere, qui est usufruitier de la moitié des conquests de sa communauté, dont son fils avoit profité dans la succession de sa mere, & qui avoient esté faits propres naissans en sa personne, doit contribuer au payement des dettes à raison de cet usufruit : ce qui a esté traité au liv. 1. chap. 5. de la succession des ascendans, sect. 3. nomb. 21. ainsi il suffit icy de dire que quoique, selon la disposition du Droit en la Loy *Generali 32. §. usumfructum*, & en la Loy *Multum interest 43. ff. de usufr. & red.* & selon Bartole sur cette Loy, il faudroit conclure pour la negative : parce que l'usufruit des conquests approche assez d'un legs d'usufruit, appellé dans cette Loy *Rerum usumfructum* : & quoique cela ait fait autrefois de la difficulté parmi nous, quelques-uns prétendant que ce titre singulier n'obligeoit point de contribuer aux dettes ; neanmoins il est constant aujourd'huy, que le pere contribuë aux dettes à proportion de cet usufruit : & pour sçavoir comment il doit contribuer, il faut voir ce que nous avons dit au même endroit.

A l'égard du droit de reversion, l'on juge dans les Parlemens de Droit écrit, qu'il n'oblige pas les ascendans aux dettes : ce qui est aussi de la disposition particuliere de la Coutume de Berry, tit. des Success. art. 5. Mais le Droit commun de la France est contraire, comme il a esté établi au même chapitre de la succession des ascendans, nomb. 27. & 28. où nous avons expliqué, que même à la rigueur un ascendant qui n'auroit profité que du droit de reversion, comme un ayeul donateur y ayant un pere heritier des meubles & acquests, pourroit estre tenu des dettes audelà de ce qu'il auroit reçû, quoique l'on se pourroit relâcher de cette rigueur par équité. 27. Si les ascendans qui ont la reversion, contribuent aux dettes.

J'ay vû aussi demander si la mere survivante pouvoit se dispenser de la contribution aux dettes pour les meubles & acquests de son fils, ausquels elle succedoit, & cela dans l'espece qu'un pere estoit decedé à Paris, laissant pour 6000. livres de meubles, un Office de valeur de 10000. livres, & environ pour 8000. livres de dettes, & pour tous enfans, un fils en bas âge, qui ne luy survéeut que de quelques mois. Incontinent aprés le decés du pere, la mere éluë tutrice à son fils, avoit vendu la Charge, & avoit payé les dettes sur le prix en provenant : ensorte qu'aprés la mort de son fils, elle prétendoit profiter des meubles, & de ce qui restoit du prix de l'Office, ce qui luy fut contesté par les heritiers des propres, qui soutinrent avec justice, qu'il ne luy appartenoit que les meubles, pour lesquels même elle estoit obligée de contribuer au payement des dettes : parce que l'on prend la succession du mineur comme elle doit estre, & non pas comme elle est. Maxime indispensablement necessaire pour éviter cent sortes de fraudes qui se peuvent pratiquer. Car autrement un pere survivant provoquera le rachat d'une rente dûë à son mineur, afin de s'en preparer la succession. Un autre fera saisir & vendre le bien de son mineur par un creancier, afin de profiter du restant du prix, comme faisant partie de la succession mobiliaire. Un autre differera d'employer les deniers comptans au payement des dettes, afin d'en profiter si son fils vient à mourir. Un autre incitera un coproprietaire de son mineur à demander contre luy une licitation, afin de convertir son propre en meubles. Enfin, il n'y eut jamais de maxime plus salutaire que celle-cy : puisqu'elle coupe racine à tant de fraudes. C'est pourquoy dans l'espece proposée, il faut considerer dans la succession du fils le prix de l'Office, comme l'Office même, si on l'avoit pû conserver, & faire la contribution aux dettes entre les propres & les meubles, comme elle est reglée par la Coutume de Paris, & il est sans difficulté, que les dettes estant payées sur le prix de l'Office, il en faut recompenser les heritiers des propres, leurs portions des mêmes dettes déduites. 28. Tous les heritiers du mineur contribuent à ses dettes, quoiqu'acquittées de son vivant sur ses meubles, ou sur ses propres.

Il en sera de même si la mere a employé tous les meubles de son fils mineur au payement des dettes du pere. Car, en ce cas, elle en devra estre

pourquoy si le donataire d'un fief trouvant la donation plus onereuse, que profitable, se départ de la donation, cela n'empêche pas que le relief n'en soit dû : & à plus forte raison, cela ne donne pas lieu à la repetition de celui qui a esté déja payé.

Il y a même du particulier dans les donations des biens presens & à venir. Car comme on ne les autorise, que comme des dons de ce qui se trouvera au temps du decés, (par où l'on se défend de la condition pure potestative, qui semble se trouver dans ces donations, que le donateur peut étendre & resserrer à son choix, ce qui semble contraire à la tradition:) aussi il les faut prendre avec toutes leurs conditions, avec le present, & l'avenir, les dettes qui estoient lors, & celles qui ont esté contractées depuis la donation, quand une fois elle a esté acceptée & executée.

35. Quelle ne repugne pas à la tradition requise.

Quelques-uns ont de la peine à concevoir cette tradition, en supposant l'indivisibilité de la donation des biens presens & à venir ; neanmoins elle n'est pas difficile à trouver, si l'on considere que le donateur ne peut pat aucun moyen oster au donataire ce qu'il aura lors de son decés : Or c'est tout ce qu'il luy a promis, & la faculté naturelle qu'a le donateur, de vendre ou d'hypotequer, ne détruit point cette tradition, non-plus

36. Trois exemples dans le rappel à Senlis & en Anjou, & dans le don mutuel.

que si à Senlis un oncle rappelle un des neveux qu'il a d'un sien frere, par donation entre-vifs, même par un contrat de mariage, la faculté qu'il a de rappeller un autre neveu, ou même plusieurs de la même branche, ne détruit point la tradition de sa donation, quoiqu'elle en puisse diminuer l'effet, en ce que le neveu rappellé par son contrat de mariage, devoit seul succeder de sa branche, si l'oncle en estoit demeuré à ce premier rappel.

Il y a encore un autre exemple dans la Coutume d'Anjou, qui défend de rien aliener au préjudice d'une institution contractuelle, & sur laquelle Maistre Charles du Molin a observé art. 245. que si un pere ayant marié & doté sa fille, qui dés lors auroit esté excluse de sa succession, avoit ensuite marié son fils, comme son principal heritier, quoique regulierement il ne puisse donner atteinte à cette institution ; neanmoins il pouvoit rappeller sa fille mariée à sa succession, ce que sa bru a dû prévoir, comme l'on a dû prévoir icy que le donateur pouvoit aliener.

Il y en a encore un exemple dans le don mutuel, que les Coutumes permettent de faire en forme de donation entre-vifs & irrevocable, quoique le mari qui est donateur & donataire estant maistre de la communauté, ait droit d'alterer & de diminuer extrêmement le don mutuel, en aliénant les effets de la communauté, qui seuls composent le don mutuel.

37. Arrests qui ont jugé qu'on ne peut diviser aprés avoir executé.

Pour revenir à nostre proposition de la fin de non-recevoir, qui resulte de la moindre execution de la donation de la part du donataire, elle est aussi fondée sur les Arrests, & entr'autres sur celuy du 2. Janvier 1637. rapporté par Maistre Julien Brodeau, sur la lettre D. de Monsieur Loüet, nomb. 69. Art. 3. & par Maistre Claude Henrys, tome 2. liv. 4. quest. 69. & il y en a un précedent du 23. Janvier 1634. rendu en des termes bien plus forts, & rapporté dans le Journal des Audiences, liv. 2. chap. 121. Car un oncle & une tante ayant fait conjointement une donation à leur niéce, à la chage d'accomplir le testament de chacun d'eux, jusqu'à la concurrence de la somme de 6000. livres, & estant arrivé que l'oncle deceda peu aprés n'ayant disposé que de trés peu de chose, & qu'au contraire la tante fit des legs pour environ 5000. livres, la niéce voulut accepter la donation de l'oncle, & renoncer à celle de la tante, ce qui luy fut contesté : & par l'Arrest on jugea qu'elle ne pouvoit pas diviser cette double donation, aprés avoir executé celle de l'oncle.

Jusque-là même, que dans le païs de Droit écrit, l'on a jugé qu'un pere & une mere ayant fait un testament mutuel, dans lequel ils s'estoient instituez reciproquement pour l'usufruit, & avoient substitué leur fils au survivant des deux, le fils ainsi substitué, ayant une fois accepté la succession de sa mere purement & simplement, & s'en estant mis en possession, ne pouvoit pas se porter heritier beneficiaire de son pere, & l'Arrest en est dans Monsieur de Cambolas, livre 2. chapitre 29.

38. Si ces donations des biens presens & à venir, se peuvent diviser *rebus integris*.

En troisiéme lieu, en supposant la validité des donations des biens presens & à venir, & qu'elles ne se peuvent plus diviser par les donataires qui ont commencé de les executer, il faut examiner à present, si elles se peuvent diviser *rebus integris*, & s'il est permis aux donataires aprés un acceptation indéfinie, mais avant toute sorte d'execution, de declarer qu'ils se tiennent aux biens qui estoient presens lors de la donation, mais qu'ils renoncent aux biens que le donateur a acquis depuis, afin de n'estre sujet qu'aux dettes contractées avant la donation, & de se delivrer de celles qui ont esté contractées depuis. L'on m'a souvent demandé mon avis au Palais sur cette question, dont voicy en peu de mots les raisons de part & d'autre.

Raisons pour la divisibilité.

La premiere raison est, que celuy qui fait une donation de ses biens presens & à venir, entend se dépoüiller au plus, sous la reserve de l'usufruit, de ses biens presens, & à l'égard de ses biens à venir, il entend qu'il soit au choix de son donataire de les accepter, ou d'y renoncer dans la suite, parce que ce donateur fait deux donations differentes, l'une de ses biens presens, qui est certaine, & l'autre de ses biens à venir, qui est toûjours incertaine, & qu'il ne destine au donataire, qu'en cas qu'il y trouve du profit : Or il n'est pas juste que ce que le donateur a voulu faire à l'avantage du donataire, tourne à son préjudice.

La seconde raison est, qu'il faut d'autant plus permettre au donataire des biens presens & à venir, de renoncer aprés le decés du donateur, aux biens acquis depuis la donation, pour se décharger des dettes posterieures à la donation, & d'accepter les biens qui estoient lors de la donation en payant les dettes anterieures, que cette division qu'il fait, conserve la donation dans l'état d'une donation entre-vifs, au lieu que le mélange des biens à venir fait un acte qui participe de deux natures differentes de la donation entre-vifs, & de la donation testamentaire. Car il est évident qu'une donation des biens à venir, ou qui se trouveront lors du decés, est une donation pour cause de mort & testamentaire.

La troisiéme est, que déslors qu'on obligeroit le donataire des biens presens & à venir d'accepter les biens à venir avec les biens presens, à l'effet de le charger des dettes posterieures à la donation, ces donations ainsi unies tomberoient dans l'inconvenient du défaut de tradition : car il est impossible qu'il y ait une vraye tradition de droit, & une veritable irrevocabilité dans les donations, qu'il est en la faculté du donateur d'augmenter ;

image
not
available

c'est un conseil pour les donations qui sont à faire, mais cela n'empêche pas, qu'aprés avoir dit ce qui vient d'estre rapporté, il n'ajoûte que tel est l'usage de sa Province, & qu'il ne le verifie par des Sentences arbitrales confirmées par des Arrests de la Cour.

Raisons pour l'indivisibilité.

L'on dit en premier lieu, qu'il n'y a pas de difficulté, lorsque la donation des biens presens & à venir est faite par une même clause, *& una eademque oratione*. C'est ainsi que quand l'on a vendu plusieurs sortes de biens par une même convention, le retrait lignager ne les peut pas diviser, & le retrayant doit retirer le tout, ou se desister du retrait. Jusque-là même, que quand la vente a esté faite par decret, & qu'entre les choses venduës, il y en a qui sont sitées en des Coutumes où les choses venduës, & ajugées par decret forcé, ne sont point sujettes à retrait lignager, comme dans la Coutume d'Orleans, le retrait ne laisse pas d'estre indivisible, & l'adjudicataire peut obliger le retrayant de retirer aussi-bien les bien d'Orleans, que ceux de Paris. C'est ainsi que quelqu'un ayant acheté plusieurs esclaves par un même traité, & pour un même prix, s'il intente l'action redhibitoire pour un de ses esclaves, il est obligé de se desister de tout son marché, & de rendre tous les esclaves, si le vendeur le demande, suivant la Loy *Cum ejusdem 34.* & la Loy penultiéme *ff. de Ædilit. Edict.* Enfin, la teneur d'une donation des biens presens & à venir, ainsi conçûë dans une même clause, justifie suffisamment que l'intention du donateur a esté, qu'on ne pourroit diviser sa donation, qu'il a ainsi réünie en un même discours.

En second lieu, la même décision doit avoir lieu au cas même que la donation des biens presens, & celle des biens à venir, soient conçûës en deux clauses differentes, parce que l'intention du donateur est de ne donner que ce qu'il se trouvera avoir lors de son decés, comme celuy qui donneroit le profit d'un vaisseau qu'il auroit envoyé aux Indes, seroit reputé n'avoir donné que ce qui resulteroit de gain & de profit, aprés la fin de la navigation & l'arrivée du vaisseau. Ainsi le donataire acceptant cela, & ne faisant point de declaration contraire, il s'en faut tenir au contrat & executer la donation, comme une seule & unique donation, de ce qui se trouve *in articulo mortis*.

L'on ne manquera pas d'objecter que cette maniere d'expliquer les donations des biens presens & à venir, tend à confondre ces donations avec les institutions contractuelles, qui se reduisent ainsi à ce qui se trouvera lors du decés, & qui ne se peuvent faire que par des contrats de mariage. A quoy je réponds, qu'à la verité les donations des biens presens & à venir ainsi entenduës, ont le même effet, que les institutions contractuelles; mais qu'il suffit que ce soient deux manieres differentes de contracter, & que si l'on ne peut pas faire une institution contractuelle hors contrat de mariage, l'on peut donner neanmoins ses biens presens & à venir, parce que c'est une autre voye. C'est ainsi qu'il est décidé en la Loy 33. *ff. de vulgari*, qu'une mere à qui il n'est pas permis regulierement de faire une substitution pupillaire, parce que ce privilege n'estoit accordé qu'à la puissance paternelle, (or les meres n'avoient point leurs enfans sous leur puissance,) pouvoit neanmoins instituer son fils, quand il auroit atteint l'âge de quatorze ans, & en cas qu'il ne fût pas son heritier, luy substituer quelqu'un, ce qui avoit à peu prés le même effet, qu'une substitution pupillaire. Il y a quelque chose qui paroît plus subtile pour éluder cette condition de la puissance paternelle dans la Loy 39. du même titre.

L'on trouve encore, que l'intention du donateur a esté de faire une donation indivisible, lorsque l'on considere qu'il a donné ses biens presens, dont la consistance & même les charges pouvoient estre certaines avec ses biens à venir qui n'avoient point encore de consistance, & que les charges pouvoient exceder, parce qu'en ce cas, il est présumé avoir donné les biens presens en vûë & en consideration de la donation des biens à venir, ou plûtost des charges à venir, afin de se faire dans l'évenement un veritable heritier: Or cette circonstance induit l'indivisibilité de la donation dans l'un & dans l'autre Droit. Et premierement, dans le Droit Romain, si un testateur a institué pour quelques onces sans charge, & pour quelques autres onces avec charge, l'institué ne peut pas diviser. Il en est de même s'il a institué son fils impubere, & un étranger, & qu'ensuite il ait substitué pupillairement l'étranger à son fils: car, en ce cas, l'étranger ne pourra pas non plus diviser l'institution d'avec la substitution, pour accepter l'une, & renoncer à l'autre, suivant la Loy *Quidam elogio 20. C. de jure deliber.* où il est dit au sujet de ces deux especes. *Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus, placuit enim nobis sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, & necessitas imponatur heredi particulari facto vel aliam, aut alia hereditatis partes admittere, vel etiam substitutionem pupillarem.* De même le pere ayant institué son fils impubere, & luy ayant substitué pupillairement un étranger, le substitué ne pouvoit pas separer les deux successions, *L. sed si plures 10. §. filio 2. ff. de vulg. & pup. substit.* Mais comme on pourroit dire que cela avoit son fondement dans une plus ancienne disposition, qui vouloit que l'on ne pût diviser la qualité d'heritier, *pro parte non scinditur hereditas*: il faut passer à ce que le Droit décide à l'égard des legs.

Quand par un même testament l'on leguoit plusieurs choses au nom collectif à en même legataire, il ne les pouvoit pas diviser, mais quand on les luy leguoit separément, si les legs estoient purs & simples, il pouvoit les separer, que s'il y en avoit d'onereux, il ne le pouvoit pas, & c'est le veritable sens de cette Loy 5. *de legat. 2.* qui vient d'estre citée. Surquoy il faut voir Bartole en la Loy 4. du même titre. Et cette indivisibilité s'observoit principalement quand il y alloit de l'interest d'un tiers, suivant la Loy *Si legatario 22. ff. de fideicommiss. libertat.*

A l'égard du Droit François, il est pour l'indivisibilité dans tous les exemples approchans. Le premier est, qu'on a demandé autrefois si un pere qui est heritier de son chef des meubles & acquests de son fils, & à qui la Coutume donne, outre cela, l'usufruit des propres naissans par une consideration particuliere, & à cause qu'ils viennent de sa collaboration, à qui elles les donnent *jure singulari*, comme disent les Commentateurs, pouvoit se dispenser de payer les dettes à raison de cet usufruit qu'il avoit ainsi *jure singulari*, & le conserver en renonçant aux meubles & acquests de son fils, dont la succession emporte necessairement le payement des dettes. Et l'on a jugé, en ce cas, pour l'indivisibilité, & même que cet usufruit portoit sa part des dettes de la succession.

image
not
available

que son titre est particulier, comme une vente ; qu'il n'est point universel, parce qu'un titre universel doit comprendre l'avenir, aussi bien que le present, & qu'à proprement parler, il n'y a que le titre d'heritier *ab intestat* ou testamentaire, qui puisse passer pour universel ; estant impossible de s'imaginer que celuy qui donne seulement ses biens presens, ait déslors & pendant sa vie, un successeur universel ; il cite même la Loy *Æris alieni 15. C. de donat.* qui dit, *Æris alieni quod ex hereditatis causa venit, non ejus qui donationis titulo possidet ; sed totius juris successoris onus est.*

Au contraire les heritiers *ab intestat* soutiennent qu'il est successeur universel des biens presens, qu'ainsi il doit contribuer aux dettes ; puisqu'elles diminuent les biens de plein droit, suivant la regle ordinaire, & ce parti est plus juste. Aussi il se suit même dans les Parlemens de Droit écrit, selon Monsieur de Cambolas, livre 2. chapitre 9.

Et pour ce qui est du second article, il faut dire que le donataire des biens presens paye toutes les dettes d'auparavant la donation, & ne contribuë point à celles qui ont esté créées depuis. En effet, on ne luy permet dans le cas dont il s'agit, de diviser la donation des biens à venir, que pour l'exempter des dettes posterieures à la donation. Ainsi en luy accordant cette faculté, l'on ne peut pas le faire contribuer à ces mêmes dettes. D'ailleurs, on luy permet encore de faire cette section pour sauver l'irrevocabilité des donations portées dans des contrats de mariage : Or cette tradition & cette irrevocabilité court le même risque dans cette contribution aux dettes posterieures à la donation.

J'estime de plus, que cette décision doit avoir lieu, soit que la contribution soit avantageuse ou desavantageuse au donataire, & que ni luy, ni l'heritier, n'a aucun choix à cet égard du parti qui luy est le plus avantageux, c'est-à-dire, ou de faire contribuer le donataire au total des dettes, ou de luy faire payer les dettes anterieures ; mais que ces dettes anterieures à la donation sont indistinctement à la charge de celuy qui s'est tenu aux biens presens sans recours contre l'heritier, parce qu'elles les diminuent de plein droit.

Le même auroit lieu à l'égard d'un donataire à qui dés le commencement il n'auroit esté donné que les biens presens, & non point les biens à venir. Mais il faut dire le contraire au cas que le donateur, aprés avoir donné ses biens presens sans reserve d'usufruit, ait depuis volontairement payé les dettes anterieures à la donation ; car la détraction des dettes sur les biens donnez, qui est même fondée sur la présomption de la volonté du donateur, laquelle a lieu aux autres cas, cesse ici absolument, la volonté expresse devant prévaloir.

44. Quand un legs est reputé universel, ou particulier. Quid du legs des meubles meublans, ou de tous les livres ou habits.

Il y a quelquefois lieu de douter si un legs est universel ou particulier ; car si quelqu'un legue tous ses meubles meublans, ou tous ses livres, ou tous ses habits ; cette disposition ne peut pas passer pour universelle : ce qui a esté jugé à l'égard du legs d'une Bibliotheque par Arrest du 14. Mars 1610. qui sera rapporté au nombre 53. De même le legs des biens de Paris, ou des biens d'une Province, est particulier : car ce qui est dit en la Loy 35. §. 1. *ff. de hered. instit.* que si un testateur institué l'un dans ses biens d'Italie, l'autre dans ses biens de Province, les deux heritiers payeront chacun la moitié des dettes, a lieu pour l'institution, & non pas pour un simple legs particulier.

45 Quid du legs d'une succession échûe au testateur.

Comme aussi le legs d'une succession échûë au testateur, est particulier : parce que ce n'est pas une quotité des biens du défunt. Ainsi il n'oblige pas au payement des dettes du défunt ; mais bien au payement de celles de la succession leguée, dautant que le mot de *succession* comprend les biens & les charges, & comme les actions des creanciers de la succession leguée ne laisseront pas que de s'intenter directement contre les heritiers du testateur, ils ont une action pour obliger ce legataire de les acquitter, comme une charge & une condition de son legs, suivant la Loy 28. *ff. de donation.* A plus forte raison le legs de tous les fiefs, est un legs particulier, & non point universel.

46. Quid du legs de tous les meubles & droits mobiliers.

Au contraire si on legue tous ses meubles & droits mobiliers, le legs est universel. Ainsi nous ne distinguons que trois sortes de biens dont on puisse faire des dispositions universelles, en se conformant à la disposition des Coutumes, les meubles, les acquests & les propres ; ensorte que si quelqu'un legue ses meubles de Paris, le legs est particulier, parce qu'il ne comprend que les meubles meublans, & l'argent ni les obligations, qui seront trouvez sous le scellé à Paris, n'y sont pas compris, suivant le dire du Jurisconsulte Paulus au livre 3. de ses Sentences, *Mobilibus legatis aurum vel argentum non debetur, nisi de iis quoque manifeste sensisse testatorem possit ostendi* : ce qui a esté jugé par un Arrest de la prononciation de la surveille de Noël de l'an 1590. rapporté par Maistre Jean Marie Ricard, part. 2. chap. 4. nomb. 184. de son Traité des Donations, & par un autre cité par Charondas sur l'art. 189. de la Coutume de Paris.

47. Trois sortes de legs universels seulement dans les Coutumes.

48. Précaution de l'heritier à l'égard du legataire universel.

Au reste, c'est à l'heritier à prendre garde que le legataire universel ne dissipe pas les meubles & acquests de la succession, avant que de contribuer, pour sa part au payement des dettes. Car il pourroit arriver que ce legataire estant insolvable, toute la charge des dettes tomberoit sur l'heritier : Ainsi il doit s'assurer de cette contribution, & si le legataire est peu solvable, l'obliger d'employer le prix des meubles au payement de sa part des dettes, ou luy faire donner caution.

49. La veuve donataire des meubles & acquests par son contrat de mariage, contribuë aux dettes.

A l'égard de la veuve à qui appartiennent les meubles & acquests par une clause de son contrat de mariage, l'on a jugé qu'elle estoit tenuë des dettes, & cela contre l'opinion de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 268. de la Coutume de Tours, & les Arrests en sont rapportez par Monsieur Loüet sous la lettre D. nomb. 54. & ont pour principal fondement cette maxime de l'une & de l'autre Jurisprudence, que *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno.*

50. Si un testateur ayant presque épuisé tous ses biens en legs particuliers, les legataires doivent cōtribuer aux dettes avec les heritiers.

La plus grande difficulté a esté de sçavoir, si un testateur départissant presque tous ses biens par des legs particuliers, & ne laissant qu'un heritier des quatre quints des propres, qui ne sont pas peut-estre la vingtiéme partie de ses biens, les legataires particuliers ne doivent pas contribuer avec cet heritier au payement des dettes ? Et regulierement on doit dire que non : parce qu'il n'y a que le titre universel qui oblige personnellement à la contribution des dettes, & quoique divers legs particuliers épuisent la plus grande partie des biens, on ne les peut concevoir, que comme des dispositions certaines & arrestées, & qui ne sont susceptibles d'aucune augmentation, ni d'aucune diminution. Mais dans la Coutume de Paris l'heritier des propres a, en ce cas, un moyen assuré pour faire porter aux legataires particuliers leur part des dettes à proportion de l'émolument, qui est d'abandonner tous les meubles & acquests, & le quint des propres, & de se tenir aux quatre quints, les dettes préalablement dédui-

image not available

Voyez les Additions.

sa majorité de l'argent des debiteurs de la succession, ne laisse pas de décider qu'il doit estre relevé: *Putavimus tamen in integrum restituendum initio inspecto.* Mais l'inconstance de la Mer n'a pas plus trompé de pilotes, que ce §. a produit d'erreurs. Il faut tâcher de se faire des regles sur la matiere, qui servent à fixer la doctrine de

58. Distinction si l'affaire s'est achevée en minorité, ou en majorité.

ce texte. J'estime donc que l'on doit distinguer entre une affaire, qui ayant commencé pendant la minorité, s'acheve depuis la majorité; & une qui s'est accomplie sous la minorité, & qui a esté ratifiée en majorité.

59. Qu'au second cas, il faut derechef distinguer, s'il estoit libre de l'achever, ou si cela n'étoit pas libre.

Lorsqu'une affaire n'a esté que commencée sous la minorité, & s'est achevée depuis la majorité, si elle a fini par l'évenement d'une condition necessaire, & qu'il ne fût pas en la liberté de l'heritier de subir, ou de ne pas subir, il ne s'ensuit pas, sous prétexte qu'il a reçû sa perfection pendant la majorité que le mineur n'en puisse estre relevé. Car l'évenement de la condition ayant un effet retroactif, la condition même est purifiée, & la convention est reputée pure & simple. Ainsi il est vray de dire qu'elle s'est consommée pendant la minorité, & c'est le sentiment de Math. *de affl. decis. 210.*

60. Ou si celuy qui contractoit avec le mineur, a affecté de finir l'affaire sous sa majorité.

De même, si c'est par le dol & la fraude de celuy qui contracte avec le mineur, que l'affaire ne s'accomplit qu'aprés la majorité, & que sa perfection tombe justement dans ce temps, il y a encore lieu à la restitution, & c'est la disposition précise du §. 1. de cette Loy 3. *ff. de minor.* qui considere, en ce cas, le commencement & la fin d'une affaire, comme le progrés d'un dessein frauduleux, & proposant la chose dans l'espece d'un tuteur qui avoit si bien pris ses mesures, que le jugement qui le déchargeoit n'avoit esté prononcé que depuis la majorité de son pupille, *sed totum hoc structum est ut majore eo facto liberaretur*, accorde la restitution.

Que si l'achevement d'une affaire dépendoit d'une condition potestative, & si le mineur devenu majeur se pouvoit fort bien exempter de mettre la derniere main à l'affaire, en ce cas, aprés l'avoir achevée en majorité, il ne pourra pas estre relevé, selon la glose sur ce même §. 1. de la Loy 3.

Que s'il ne se pouvoit dispenser d'achever la chose comme si ayant vendu, il ne s'agissoit plus que de la délivrance & de la tradition, en ce cas, la délivrance de la chose estant une consequence necessaire de la vente, quoiqu'elle ait esté faite en majorité, elle ne préjudiciera pas à la restitution, selon le sentiment de Bartole sur ce même §. 1. *quia ista traditio fit ex necessitate prioris contractus. Cum ergo habeat necessariam consequentiam ad principium, inspicimus principium.* Or cette décision sert pour le dernier membre de nôtre distinction.

Quand l'affaire ayant esté accomplie sous la minorité, elle se confirme en majorité par quelque nouvel acte, il faut examiner si ce nouvel acte a une consequence necessaire avec ce qui s'est fait en minorité: car en ce cas, il ne produit point de fin de non-recevoir contre la restitution, & c'est l'espece de ce §. *Scio 2.* de la Loy 3 *ff. de minor.* en laquelle le mineur qui s'estoit porté heritier avoit reçû quelque argent depuis sa majorité des debiteurs de la succession, ce qu'il luy estoit indispensable de faire, pour ne pas laisser

61. Arrest conforme à ces distinctions.

déperir le biens de la succession. Ainsi ce n'estoit pas une ratification, mais une execution necessaire de ce qui s'estoit fait en minorité, ce qu'il faut observer pour éviter de faire quelque mauvaise application de ce texte. Aussi cette espece s'étant presentée en la Cour des Aydes, en la Cause d'un nommé François de Boisgautier, lequel s'estant porté heritier de François de Boisgautier son pere pendant sa minorité, avoit reçû le prix de son Office d'Elû à Chasteaudun en pleine majorité, & ensuite avoit pris des Lettres contre son addition d'heredité, & contre la quittance du remboursement du prix de cet Office, cette Cour par son Arrest du 1. Mars 1673. enterina les Lettres de rescision, jugeant que cette reception du prix d'un Office d'Elû, qui avoit esté supprimé, étoit une execution necessaire d'une addition d'heredité faite en minorité: & qu'ainsi quoiqu'elle eust esté faite en majorité, elle n'empêchoit pas la restitution. [☞ Il y a un pareil Arrest du second Septembre 1600. qui est rapporté par Peleus qu. 71. par lequel Valentin Regnaut qui s'estoit porté heritier de sa mere en minorité, & avoit fait plusieurs actes d'heritier depuis sa majorité, fut relevé de cette acceptation de succession *initio inspecto.* Enfin il y en a encore un semblable rendu le 16. Février 1679. & rapporté dans le sixiéme Tome du Journal du Palais, page 442. & suiv.]

Le majeur même est quelquefois reçû à renoncer pour se liberer des dettes, ce qui a esté expliqué au liv. 3. chap. 1. nomb. 43. Nous ajouterons seulement un cas particulier, que nous n'avons pas touché en cet endroit, qui est lorsqu'il s'estoit porté heritier avec des mineurs, esperant ainsi d'avoir des coheritiers. Car si les mineurs viennent à renoncer dans l'évenement, plusieurs croyent que suivant la disposition de la Loy *Cum hereditate 55. ff. de adquir. vel omitt. hered.* ou il faut recevoir le majeur, lorsqu'il le demande, à renoncer à la succession; ou il faut se contenter de sa part & portion des dettes, & en ce cas-là-même, le recevoir à abandonner les immeubles de la succession, pour se décharger de l'action hypotequaire. Il y en a des Arrests rapportez dans Maistre Anne Robert, livre 4. chap. 5. Nous rapporterons encore quelque chose de semblable en la sect. 3. de ce Chapitre sur la fin. Enfin, c'est l'avis de Maistre René Chopin, sur la Coutume d'Anjou, livre 3. titre 3. nombre 4. à la marge, & de Chenu, Centurie 2. question 5. & supposé que l'on suive cette Jurisprudence, ce sera icy le second cas, où le mineur relevera le majeur, le premier concernant les choses individuës, suivant la Loy *Si communem fundum ff. quemadmo. serv. amitt.* dont nous avons cité un exemple qui est de nostre matiere, au chap. 1. de ce livre nombre 58.

63. De la restitution du majeur, & de la Loy *Cum hereditate 55. ff. de adquir. vel omitt. hered.* où le mineur releve le majeur.

Au contraire, plusieurs n'estiment pas que cette Loy *Cum hereditate 55. ff. de adquir. & amitt. hered.* se doivent observer parmi nous, & croyent que le majeur n'a point d'autre recours, en ce cas, que de déguerpir pour se décharger de l'action hypotequaire, demeurant toujours sujet à l'action personnelle, comme seul heritier. Et c'est le sentiment de Charondas, liv. 8. de ses Réponses chap. 44. de Monsieur Loüet, & de Maistre Julien Brodeau, sous la lettre L. nomb. 19. & de Monsieur le Prestre, Cent. 2. chap. 1. La raison de cette opinion est, qu'il n'y a que les choses indivisibles, où le mineur releve le majeur: Or pour sçavoir, en ce cas, si une chose est divisible ou indivisible, il faut examiner si le mineur peut sentir l'effet de la restitution, sans que l'on restituë le majeur: Or l'on pourroit fort bien relever le mineur d'une addition d'heredité, & il pourroit recevoir tout le fruit de cette restitution, sans que l'on restituast le majeur; ou que l'on réduisist l'obligation personnelle de payer les

image
not
available

charge d'acquitter une rente fonciere déja créée, cette rente doit estre acquitée par tous les heritiers, ou par celuy à qui l'heritage tombe en partage.

29. *Quoique la rente fonciere qui est sur le fief, soit rachetable, l'aîné contribuë non pour sa part virile, mais à proportion de ce qu'il a dans le fief.*

30. *Si dans la succession les dettes maternelles doivent estre acquittées par les heritiers maternels, ou par tous les heritiers indistinctement.*

31. *Exception tirée du droit de communauté.*

32. *Objection tirée de la regle* paterna paternis.

33. *Autre objection tirée de la regle, que* bona non dicuntur, &c.

34. *Réponse à un Arrest de Monsieur le Prestre.*

35. *Réponse à un autre Arrest rapporté par Chopin.*

36. *Comment les freres consanguins & uterins contribuent aux dettes, supposé que l'on explique la Loy* De emancipatis C. de legit. hered. *suivant l'opinion commune.*

37. *Même question au sujet de l'Edit des meres.*

38. *Du recours solidaire d'une ligne contre une autre ligne.*

39. Quid *si les heritiers de diverses lignes sont en égal degré, & coheritiers dans les meubles.*

40. Quid *s'ils sont de differens degrez.*

41. *Qu'il est vray de dire au moins que les lignes sont coheritieres dans une même succession.*

42. *Recours solidaire pour tout ce qui est dû par une autre ligne.*

43. *Non pour le total de la dette.*

44. *Si les rentes créées avant le mariage sont à la charge de l'heritier des propres, ou de l'heritier des acquests, quand il y a un donataire mutuel, & comment ils y doivent contribuer.*

45. *Inconveniens reciproques dans l'un & l'autre parti.*

46. *Resolution que la contribution pour l'usufruit du don mutuel, est à la charge de l'heritier des propres.*

47. *Cas singulier où l'on fait contribuer le legataire particulier avec l'heritier des meubles & acquests, & l'heritier des propres.*

48. *Cas où le legataire universel contribuë même à raison des legs particuliers.*

49. *Si le debiteur d'une promesse peut stipuler que ses heritiers seront tenus chacun pour le tout.*

50. *Resolution pour l'affirmative.*

51. *Sauf aux heritiers à se faire relever de leur addition.*

52. *Des obligations indivises.*

53. *Distinction de Bartole entre un legs de dix mille écus pour bâtir une Chapelle, & le legs d'une Chapelle de dix mille écus.*

54. *Que toute obligation est présumée divisible.*

55. *Si la restitution d'un dépost est divisible, ou indivisible.*

56. *Des dettes de communauté.*

57. *Des immobiliaires créées avant le mariage.*

58. *Des mobiliaires créées avant le mariage, & que celles de la femme qui renonce, sont à la charge du mari.*

59. *Quoy qu'elle, ou ses heritiers, ayent repris franchement & quittement.*

60. *De la separation des dettes contractuelles, & de ses conditions & effets.*

61. *D'une succession échûë à l'un des conjoints avec peu de meubles, beaucoup d'immeubles, & beaucoup de dettes.*

62. Quid *s'il n'y a aucuns meubles.*

63. Quid *si la succession est du chef de la femme.*

64. Quid *si le mari n'a pas autorisé.*

65. *Des traitez & compositions faites par un des heritiers, & qui les doit communiquer aux autres.*

66. *Du remboursement & rachat des ventes de portions hereditaires.*

67. *Que cet établissement n'est point contraire au titre* de hereditate vel actione vendita.

68. Quid *si un heritier cede ses droits à un autre.*

69. Quid *si un heritier des propres paternels cede à un des maternels.*

70. Quid *si à la veuve du défunt.*

71. *Si un testateur peut ordonner que ses dettes seront payées sur le quint des propres.*

72. *La negative est fondée sur la prohibition des prélegs.*

73. *Objection tirée de ce qu'il est permis d'assigner ainsi ses legs sur quelques-uns de ses heritiers.*

74. *Réponse & difference entre les dettes & les legs.*

75. *Si la succession estant insuffisante, l'on conserve le partage des dettes à proportion de l'émolument, ou si l'on partage par testes.*

76. *Si en ce même cas on change le partage des dettes qui se devroit faire par souches, pour les partager par testes.*

1\. Nous ne nous éloignons pas tout à fait des termes du Droit Romain, dans le partage des dettes passives.

EN termes de Droit l'on paye les dettes d'une succession pour telle part & portion que l'on est heritier, suivant la Loy 2. *C. de heredit. action.* qui dit, *pro hereditariis actionibus, onera hereditaria agnoscere etiam in fisci rationibus placuit.* Et le Droit rejette expressément le partage des dettes passives à proportion de l'émolument, comme il paroit par la Loy 1. *C. si certum petatur*, communément appellée la Loy *des fils ainez.* Mais comme nous avons en France divers heritiers, & que le legataire universel se mêle quelquefois avec l'heritier *ab intestat*, quoique le partage ordinaire des dettes passives, se fasse entre les heritiers par portions viriles; neanmoins la seule difference des qualitez ou des biens, c'est-à-dire, la division des patrimoines, nous donne lieu de partager les dettes passives à proportion de l'émolument. La raison qui nous oblige d'en user ainsi est, qu'ayant une fois admis, pour le soûtient & la conservation des familles, la distinction des propres d'avec les acquests, & ayant attaché les propres à leur ligne, il estoit difficile d'accorder que celuy qui a les propres soit coheritier de celuy qui ne succede qu'aux acquests: or les dettes passives ne se peuvent partager selon les portions afferantes, qu'entre ceux qui sont coheritiers, & nous avons même emprunté cette pensée du Droit Romain, en la Loy *Heres ejus 25. §. 1. ff. fam. ercisc.* qui dit, *si miles alium castrensium, alium caterorum bonorum heredem fecerit, non est locus fam. ercisc. judicio, divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium.* L'on peut même aller plus loin: car on peut dire, que nos differences de patrimoines une fois supposées, le partage des dettes se fait chez nous par portions hereditaires entre les heritiers de chaque patrimoine. Ainsi les coheritiers des meubles & acquests, payent bien les dettes à proportion de l'émolument, par rapport aux heritiers des propres, mais ils les payent entr'eux par portions hereditaires. Enfin, nostre maniere de partage des dettes passives à proportion de l'émolument, a aussi sa four-

image
not
available

pas heritiers, mais simples bien-faicteurs; sauf à l'égard des biens engagez par contrat pignoratif, ou par remeré, à diminuer l'interest du tiers du prix du remeré sur l'usufruit & bien-fait de ses puînez, suivant l'article 235. de la Coutume d'Anjou, & suivant l'explication de du Pineau, sur cet art. 235. & celle de Loüis de Malicot, sur l'art. 252. de celle du Maine. Ce qui exempte les puînez du soin de toute sorte de dettes: car ils ne payent jamais les mobiliaires, c'est-à-dire, les cedules, les obligations, les condamnations par Sentence, & les arrerages des rentes qui sont dûs par le défunt. Et même quand l'aîné ne veut point de meubles, ces deux Coutumes l'obligent seulement de les faire vendre, en appellant les filles ou leurs maris: ce qui montre qu'elles n'appellent point les puînez à la succession des meubles, & par consequent qu'elles n'entendent point qu'ils contribuent au payement des dettes mobiliaires, suivant l'art. 235. de cette Coutume d'Anjou: Et à l'égard des dettes réelles & hypotequaires, c'est-à-dire, des rentes, l'aîné les paye toutes sans diminution sur la part des puînez; si ce n'est pour les contrats pignoratifs & le remeré: ainsi ils ne sont point chargez de la discussion des dettes.

Il n'en est pas de même en succession noble échûë en ligne collaterale: car si l'aîné refuse les meubles, aprés qu'ils ont esté vendus à sa poursuite, & employez au payement des dettes, le surplus des dettes se paye par tous les heritiers proprietaires: c'est-à-dire, que l'aîné en paye les deux tiers, & les puînez le tiers. Loüis de Malicot, sur l'art. 252. de la Coutume du Maine. Aussi en cette ligne, l'aîné doit appeller les fils & filles à la vente des meubles, au lieu qu'en directe, il n'y appelle que les filles ou leurs maris: c'est la disposition de l'art. 235. de la Coutume d'Anjou, tout cela roule sur cette difference entre la ligne directe, & la ligne collaterale, qu'en directe les puînez ne sont pas heritiers, mais simples bien-faicteurs; au lieu qu'en collaterale ils sont heritiers proprietaires.

La même Coutume d'Anjou, art. 255. donnant à l'aîné en succession roturiere, non pas les deux tiers dans tous les biens, comme en succession noble, mais seulement dans certains genres de biens, qui sont les Terres hommagées, & en tierce foy, sans autre préciput ni avantage, selon l'article 259. comme elle repute ce droit là un simple préciput, en ce qu'il est reduit à un certain genre de biens, elle n'oblige pas l'aîné d'en payer davantage des dettes réelles & hypotequaires. Voyez Loüis de Malicot, sur l'art. 252. de celle du Maine, où il en rapporte les Arrests. Surquoy on ne peut s'empêcher de remarquer, que l'avantage des mâles qui excluent les femelles dans les fiefs, est consideré dans la Coutume de Paris, comme une obligation pour eux de contribuer aux dettes à proportion de l'émolument, & que cependant l'avantage que ces deux Coutumes d'Anjou & du Maine donnent aux aînez en succession roturiere, d'avoir les deux tiers dans les Terres hommagées, & en tierce foy, ne les oblige point à payer une plus grande part des dettes. Et la raison de cela est, que la contribution à proportion de l'émolument, n'estant pas de l'esprit de ces deux Coutumes, elles l'évitent tant qu'elles peuvent: quoiqu'il y ait des cas, où elles y viennent necessairement: comme nous dirons au nomb. 10. Ainsi elles n'ont pas jugé à propos qu'un simple avantage dans les Terres hommagées, dût faire quitter le partage *in viriles*, dont elles se sont fait une loy generale.

Quid à l'égard de la Coutume d'Amiens.

A l'égard des Coutumes de Picardie, comme celle d'Amiens, la plûpart obligent l'aîné & les puînez au payement des dettes, à proportion de l'émolument, l'art. 71. de la Coutume d'Amiens y est précis, mais ce reglement ne s'observe qu'entre coheritiers, & non pas au respect des creanciers, lesquels peuvent poursuivre leur dette solidairement contre chacun des puînez, suivant ce qui a esté dit, section 1. nomb. 5.

Quid à l'égard des Coutumes de Peronne, Montdidier & Roye.

Cela fait une difficulté dans les Coutumes de Peronne, Montdidier & Roye, pour sçavoir si dans ces Coutumes l'aîné, qui a pareillement les quatre quints dans les fiefs, ne paye les dettes que pour sa part afferante, ou s'il les doit payer à proportion de l'émolument. Surquoy il y a trois opinions. La premiere, qui va à dire, que les dettes se payent, en ce cas, à proportion de l'émolument, l'art. 198. de ces Coutumes, disant que les dettes hypotequaires & réelles, se payent par les heritiers immobiliers *sur les terres & immeubles qu'ils prennent en la succession*: ce qui signifie assez qu'elles se payent à proportion de l'émolument: d'autant plus que ces Coutumes, art. 169. donnent en succession noble à l'aîné les quatre quints dans les fiefs, & aux puînez un quint heredital seulement: & qu'enfin, la Coutume generale d'Amiens est précise pour le partage à proportion de l'émolument.

La seconde, est de ceux qui estiment que ces Coutumes, & même celle d'Amiens, qui ordonnent le partage à proportion de l'émolument, n'ont lieu que quand il n'y a que des fiefs: auquel cas, ce partage est juste, & il épargne même une legitime contre le droit d'aînesse, que les puînez auroient encore bien plus droit de demander en ces Coutumes, qu'en celle de Paris, où on leur en a établi une dans l'article 17. mais que quand il y a d'autres biens, ce partage n'a plus lieu.

La troisiéme trouve un milieu, & dit, que ces Coutumes de Peronne, Montdidier, & Roye, établissent la contribution à proportion de l'émolument, à l'égard des dettes qui ont esté créées par les prédecesseurs du défunt, & qui ayant passé avec leurs biens, en sont les charges naturelles: Aussi disent ceux qui soûtiennent cette opinion, cet art. 198. aprés avoir établi que les dettes mobiliaires se doivent acquitter par les heritiers mobiliers, ajoute, *& les autres dettes & charges réelles se payent par les autres heritiers sur les terres & immeubles qu'ils prennent en ladite succession.* Or ces termes marquent, que l'article ne s'entend que des anciennes dettes, & non pas de celles qui ont esté créées par celuy de la succession duquel il s'agit, lesquelles se doivent payer par portions viriles.

La premiere de ces trois opinions semble la meilleure, parce qu'elle est plus conforme à l'esprit & aux termes de l'article. En effet, on y void trois dispositions differentes. Dans la premiere, il est dit, que les heritiers & successeurs universels des meubles, payent les dettes mobiliaires & les obseques & funerailles. Dans la seconde, il est décidé, que les autres dettes & charges réelles se payent, par les autres heritiers sur les terres & immeubles qu'ils prennent en la succession: Et dans la troisiéme, il est dit, que s'il n'y a point d'heritiers ou successeurs de meubles, les dettes mobiliaires se payent par les heritiers pour telles parts & portions qu'ils sont heritiers. Ainsi cette Coutume semble établir trois sortes de payemens de dettes. Le premier, qui se fait par celuy qui est heritier des meubles seulement, & qui paye toutes les dettes mobiliaires. Le second, qui n'est neanmoins que le troisiéme dans l'ordre de l'écriture,

image
not
available

tre ses coheritiers, comme ayant acquitté une dette du pere. Voilà la doctrine de Maistre Charles du Molin qui vient d'estre cité.

6. Antichrese sur un fief est une dette de succession, & non pas du fief.

Si le pere a emprunté de l'argent, & est convenu que le creancier joüisse de son fief jusques au remboursement, le contrat estant une veritable antichrese, c'est une dette de la succession, qui ne regarde pas l'aîné seul, quoiqu'il doive principalement profiter du fief, mais tous les heritiers, qui doivent contribuer à l'acquitter, cette espece de contrat est assez innocente, elle ne donne lieu à aucune poursuite ni execution, & tout l'inconvenient en est dans la lesion qui s'y peut trouver, encore y est-elle rare, à cause de l'incertitude des fruits, à laquelle en jugeant de la lesion, il faudroit avoir égard, suivant la Loy *Si ea pactione 14.* & la Loy *Si ea lege 17. C. de usuris.*

7. Il en est de même du fief engagé par contrat pignoratif.

Que si le pere a vendu sous le pretexte & la couleur d'une faculté de remeré, mais qu'il ait fait dans la verité un contrat pignoratif, parce qu'il est demeuré en possession du fief vendu en vertu d'un bail fait à son profit, sous son nom, ou celuy de ses parens & domestiques, soit que ce bail soit du total, ou d'une partie du fief, en ce cas, il doit estre donné aux heritiers un délay pour payer la somme, & décharger le fief de la dette, chacun d'eux y contribuant pour sa portion hereditaire.

8. *Quid* du fief donné à faculté de remeré.

Enfin, si le contrat n'est point une antichrese ni un contrat pignoratif, mais contient une simple faculté de remeré, l'aîné ne peut point prétendre que le prix du rachat soit une dette de la succession, pour obliger ses freres & sœurs de l'acquitter. Car c'est une simple faculté : ensorte même que si les puînez veulent bien intenter l'action du retrait conventionnel avec l'aîné, ils ne payeront pas leurs parts viriles du prix, mais chacun payera à proportion de ce qu'il peut avoir dans le fief, par cette même raison que ce rachat n'est point une dette de la succession, mais que c'est un nouvel achat, auquel par consequent les interessez doivent contribuer à proportion de ce qui leur doit revenir de la chose.

9. Si l'aîné legataire universel qui est obligé de contribuer aux dettes à proportion de l'émolument, déduit son préciput, dans l'estimation de son émolument.

L'on peut encore demander, si un fils aîné estant legataire universel de son pere, peut prétendre estre exempt de payer les dettes à proportion de son préciput, dont on doit faire distraction dans le regalement qui se fera des dettes à proportion de l'émolument : ensorte que son émolument particulier ne soit que du surplus, de même qu'il s'observeroit dans la succession *ab intestat*, puisque son préciput fait partie de son legs universel, & que quoiqu'heritier testamentaire il est reputé saisi en ligne directe. Qu'aussi il a esté décidé au Chap. de la Legitime, sect. 6. nomb. 22. & suivans, qu'il fait part dans la legitime de ses freres avec préciput, & qu'il ne contribuë point à la legitime de ses puînez à proportion de son droit d'aînesse.

Il faut répondre neanmoins, qu'en ce cas, l'aîné est obligé de payer sa part des dettes, à proportion de tout l'émolument, puisqu'on le suppose legataire universel, & non point heritier *ab intestat*, & que l'exemple de la legitime ne fait rien icy, dautant que l'aîné, quoique legataire, fait part dans la legitime en qualité d'heritier ; au lieu qu'il paye icy les dettes en qualité de legataire, & les dettes se payent à des étrangers qui ne reconnoissent point le droit d'aînesse, au lieu que la legitime se fournit à des heritiers qui sont obligez de le reconnoistre. Enfin, l'art. 298. de la Coutume de Paris, en reglant la legitime de chacun des enfans à la moitié de ce qu'il auroit eu *ab intestat*, semble décider assez expressément que les puînez ne peuvent rien prétendre pour leur legitime sur ce qui compose le droit d'aînesse de leur aîné ; au lieu qu'il n'y a aucun article de Coutume qui n'exempte le préciput de l'aîné, qui est legataire universel, du payement des dettes.

Outre la diversité des qualitez, & la division des patrimoines, il faut encore avoir égard à la qualité des dettes. Car elle nous tire aussi de la regle qui partage les dettes passives, selon les portions hereditaires. Et il faut observer qu'autrefois dans la plûpart des Provinces du Royaume, l'heritier mobilier estoit chargé des dettes, ce que nous avons déja dit avoir esté établi sur ce fondement, qu'avant l'Ordonnance de 1539. art. 74. il falloit discuter les meubles avant que d'en venir aux immeubles. Ce qui a esté depuis moderé par plusieurs Coutumes, qui au lieu de charger l'heritier mobilier de toutes les dettes, l'obligent seulement à payer les dettes personnelles & mobiliaires. C'est ainsi qu'en dispose la Coutume de Tours, art. 268. celle d'Anjou, art. 237. & cela s'observe si exactement dans ces Coutumes, que non-seulement il a esté jugé, comme il a esté dit cy-dessus, que la veuve qui a les meubles par convention, est tenuë des dettes mobiliaires, mais que cela a lieu, encore qu'elle se soit précautionnée dans son contrat de mariage, d'une clause de separation de dettes. Et c'est la décision de l'Arrest du 23. Decembre 1647. rendu en la premiere Chambre des Enquestes, au rapport de Monsieur Savarre, lequel est rapporté par Palu, sur l'art. 237. de la Coutume de Tours. [☞ De plus, dans ces Coutumes l'heritier des propres qui se trouve creancier du défunt pour sommes mobiliaires, ne souffre point de confusion en sa personne, parce que ces Coutumes en assignent le payement sur un genre de biens, dont il n'est point heritier.] (10. Coutumes de Tours au sujet du payement des dettes, & de celles d'Anjou & du Maine.)

De même un legataire particulier des meubles paye toutes les dettes mobiliaires dans ces Coutumes. A l'égard des dettes qu'on appelle dans ces mêmes Coutumes des dettes réelles, qui sont les rentes, l'on y fait plusieurs distinctions, qui bien loin de faire approuver ces Coutumes, servent à montrer le défaut de leurs dispositions, & à persuader que la Coutume de Paris est beaucoup plus juste. Car du Pineau, sur l'art. 268. de la Coutume d'Anjou, prétend, par exemple, que si quelqu'un laisse en mourant des heritiers de deux lignes, qui estant en égal degré, partagent les acquests également, en ce cas, ces heritiers supportent les dettes par moitié, ce qui pourroit estre fort injuste : car cette moitié des dettes pourroit absorber tout le profit d'une ligne, pendant que l'autre ligne conserveroit le beau bien, ce qui arriveroit à cause de l'inégalité des propres des deux lignes. Et cet inconvenient ne se trouve jamais à Paris, où entre des heritiers de diverses lignes, l'on partage toûjours les dettes à proportion de l'émolument : Aussi Loüis de Malicor, sur l'art. 286. de la Coutume du Maine, prétend que ce genre de partage n'est pas d'usage au Maine, ni dans l'Anjou, & que les lignes partagent à proportion de l'émolument, & il en rapporte un Arrest, ce qui est bien plus apparent.

Le même du Pineau prétend encore, que s'il n'y a point d'acquests en cette Coutume dont nous parlons, les deux lignes partagent pareillement les dettes réelles par moitié, ce qui seroit bien plus injuste, puisqu'en ce cas, les heritiers de diverses lignes, ne partagent aucuns biens par moitié, & que la moitié ou le quart des dettes peut absorber tous les propres d'une ligne,

image
not
available

vent payer les dettes à la décharge des deux tiers des mêmes propres: ensorte que quand le testateur n'a legué que le tiers des propres, ce tiers est sujet aux dettes, comme les meubles & acquests, & s'il arrive comme en l'espece que les meubles & acquests, & le tiers des propres ne suffisent pas pour l'acquittement des dettes, & que le testateur n'ait disposé que du tiers des propres; en ce cas, il ne faut pas épuiser les meubles & acquests préferablement au tiers des propres, mais si les heritiers le demandent ainsi, il faut faire contribuer les meubles & acquests, & les deux tiers des propres qui font leur partage, à proportion de l'émolument avec le tiers des propres qui a esté legué. La raison est, que l'intention principale de ces Coutumes estant de laisser aux heritiers les deux tiers des propres francs & quittes, il faut faire ce qui est avantageux aux heritiers pour parvenir à cette fin: & comme, en ce cas, ils trouvent quelque petit avantage à porter les dettes selon leur émolument dans les propres, & les meubles & acquests, plûtost qu'à épuiser les meubles & acquests, il faut leur accorder cette contribution, qui est même plus conforme au Droit commun & à la Coutume de Paris. L'article le présuppose ainsi, lorsque dans sa premiere partie il veut que les deux tiers des propres restent aux heritiers franchement & sans charge de dettes. Que si dans la seconde il dit: *S'il y a meubles & conquests suffisans à satisfaire ausdites dettes*, & qu'en cet endroit il ne parle point du tiers des propres, il est visible que c'est une obmission, puisque la premiere partie desire que les deux tiers des propres restent aux heritiers franchement & quittement, & par consequent entend que le tiers des propres sera discuté & épuisé comme les meubles & acquests, avant qu'on en vienne aux deux tiers des propres. Que s'il est constant que les meubles & acquests, & le tiers des propres ne suffisent pas, en ce cas, les heritiers estant obligez de venir à contribution, ont droit de partager les dettes avec le legataire du tiers des propres, *pro modo emolumenti*, & à proportion des meubles & acquests, & des deux tiers des propres: d'autant plus qu'ils pouvoient même demander l'épuisement absolu du tiers des propres, en vertu de la disposition de la premiere partie de l'article, qui leur donne les deux tiers des propres francs & quittes de toutes dettes.

Pour dire mon sentiment sur cette question, j'estime que les heritiers ne pourroient pas demander que le tiers des propres fût épuisé avant qu'ils fussent obligez de contribuer pour leurs deux tiers aux dettes de la succession, parce que ces Coutumes veulent qu'en cas qu'il y ait des dettes audelà des meubles & acquests & du tiers des propres, le tiers des propres contribuë à proportion comme les donations, afin qu'il y ait quelque chose dont le testateur ait pû disposer, ce qui resulte de la fin de cet article, & de la fin de l'art. 95. de la Coutume de Troyes.

Cela présupposé, j'estime encore que l'art. 82. de la Coutume de Chaumont, n'a pas esté aussi parfaitement bien expliqué qu'il le pouvoit estre, non plus que l'art. 95. de la Coutume de Troyes: La preuve en resulte de ce qui est dit à la fin de l'un & l'autre article, que les deux tiers demeureront chargez comme le tiers, pour portion & accomplissement du Testament & frais funeraux: en quoy l'article obmet les dettes, dont il avoit parlé dans ses deux premieres parties: ce qui persuade aisément que dans l'art. 82. de la Coutume de Chaumont, on avoit eu dessein d'ajoûter à ces mots qui sont vers la fin, *s'il y a meubles & conquests immeubles*, ceux-cy, *& tiers des propres*: & la preuve en est même écrite dans l'article, non seulement en ce que la premiere partie parle de la tierce partie des propres, mais en ce que la fin de l'article suppose qu'il a esté parlé précisément du tiers des propres, en disant que les deux tiers seront chargez *comme ledit autre tiers*: ce qui dans une expression exacte, ne se peut pas rapporter au mot de tierce partie, dont il est parlé au commencement, mais suppose qu'il a esté parlé précisément du tiers, ce qui n'auroit pû estre qu'à l'endroit qui vient d'estre dit, & aprés ces mots: *de meubles & conquests d'immeubles*.

Outre la construction de l'article qui demande cette addition, il y a encore l'exemple de l'art. 95. de la Coutume de Troyes, qui estant conçû presque mot pour mot, comme le 82. de la Coutume de Chaumont, dit en cet endroit: *Qui est à entendre iceux deux tiers francs & sans charge, si les meubles, & conquests immeubles*, & tierce partie d'heritage *donné & legué, sont suffisans à satisfaire aux dettes*, &c.

Aprés ces observations, il n'est pas difficile de conclure que le tiers des propres qui a esté legué, contribuë, en ce cas, comme les deux tiers qui sont reservez à l'heritier, & les meubles & acquests qui luy sont laissez, c'est-à-dire, à proportion de l'émolument: Aussi c'est le sentiment de le Grand, sur l'art. 95. de la Coutume de Troyes, gl. 5. vers la fin: & cela est conforme au Droit commun; & à l'art. 334. de la Coutume de Paris.]

15. Coutumes qui distinguent l'origine des dettes.

D'autres Coutumes distinguent l'origine des dettes dans la succession d'un défunt, & veulent que les dettes qui viennent du costé paternel, soient acquittées par les heritiers du même costé, & celles du costé maternel, par les heritiers maternels; celles créées par celuy de la succession duquel il s'agit, par celuy qui succede à ses meubles & acquests, qui est l'heritier paternel. Que s'il n'y a ni meubles ni acquests, ces dettes regardent les heritiers des propres qui les payent à proportion de l'émolument: & c'est la disposition de la Coutume d'Auvergne, chap. 12. art. 17. 18. 19. & 20. & de celle de la Marche, art. 234. 235. & 236.

16. Droit commun du Royaume pour le payement des dettes.

D'autres ne distinguent point les dettes mobiliaires des immobiliaires, & distinguent seulement entre les heritiers de même nature, & ceux de diverses natures de biens, faisant porter les dettes aux heritiers de même nature de biens, pour leurs portions viriles, & aux heritiers de diverses natures de biens, à proportion de l'émolument: ce qui n'empêche pas que donnant les meubles au gardien ou au donataire mutuel, elles ne l'obligent au payement, ou à l'avance des dettes mobiliaires: telle est la Coutume de Paris, art. 332. 334. 267. & 286. & l'on peut dire que c'est le Droit commun du Royaume.

17. Coutumes qui ne partagent point les dettes autrement que par portiõs viriles.

Au contraire, il y a des Coutumes qui se reduisent à établir le partage des dettes, selon les portions hereditaires, & suivent entierement en cela la disposition du Droit écrit, comme la Coutume de Mont-Fort-Lamaury, art. 70. & 112. celle de Mantes, art. 172. celle d'Estampes, art. 123. celle de Senlis, art. 149. & 163. celle de Châteauneuf, art. 129.

18. *Quid* si le defunt a laissé des dettes & des biens en diverses Coutumes.

Il arrive quelquefois que le défunt laisse des biens en diverses Coutumes, comme en celle d'Anjou, où le payement des dettes mobiliaires est attaché à la succession des meubles, & à Paris, où toutes les dettes se supportent à proportion de l'émolument entre heritiers de divers

image
not
available

qu'une rente est divisée quand un creancier reçoit sa part d'un des coobligez solidairement, ou des codétempteurs, ils sont rendus en des especes, où le creancier n'avoit fait aucune reserve: c'est ainsi qu'il faut entendre l'Arrest rapporté par Monsieur Loüet, en sa lettre R. nomb. 6. Mais il n'en est pas de même, quand il s'est reservé ses droits dans sa quittance, selon Bacquet, chap. 21. des Droits de Just. nomb. 245. Il est bien vray que si un des coobligez ou coheritiers stipule quelque chose qui affecte la substance de la dette, comme s'il la reduit, ou la rend non exigible, ou exigible en un certain temps seulement, il profite à ses coobligez & coheritiers, parce que la dette est commune entr'eux, mais quand il obtient une grace personnelle du creancier qui le décharge de la solidité, il ne fait rien pour les autres: à plus forte raison, quand le creancier se reserve ses droits contre les autres. Ce qui se trouve jugé par un Arrest du Vendredy 25. May 1584. rapporté par Maistre Anne Robert, liv. 4. chap. 7.

Pour ce qui est du second moyen, il se détruit, comme il vient d'estre dit, par le principe que nous venons de poser. Car l'heritier, qui est poursuivi pour le payement du restant de la rente, n'a pas raison de demander qu'on le mette en état de poursuivre solidairement le coheritier, qui a payé sa part & portion, sous pretexte qu'il le dit le plus solvable de tous, & qu'il sçait qu'il a esté déchargé de la solidité par le creancier. En effet, à quoy cela luy serviroit-il, & quand on supposeroit que ce creancier luy pourroit ceder expressément sa solidité, se pourroit-il prévaloir de cette cession, & pourroit-il poursuivre solidairement aucun de ses coheritiers, puisque cette cession même seroit sujette à communication en vertu de nostre Loy, *Ex diverso 19. ff. fam. ercisc.* qui est fondée dans l'équité des partages, & ne permet pas qu'un heritier fasse aucun profit dans les affaires de la succession, qu'il en tire aucun avantage, sans rapporter cet avantage en commun, lorsque ses coheritiers sont prests de luy rembourser ce qu'il a avancé?

Il y auroit plus de difficulté à sçavoir si dans ce même cas, supposé qu'un des quatre coheritiers se trouvât insolvable, l'heritier déchargé de la solidité, par le creancier, devroit payer sa part de cette non-valeur, ou si le creancier ne la doit pas perdre pour luy, parce que c'est par son fait que cet heritier ne contribuë pas à cette non-valeur avec les autres. D'un costé il semble que cet heritier ainsi déchargé de la solidité, est comme un heritier qui n'a que des meubles, & qui ne doit que sa part virile des dettes, sans estre tenu de l'insolvabilité de ses coheritiers. L'on a beau dire, qu'il luy reste des biens sa part payée, l'on a beau objecter la maxime ordinaire *bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno*, & qu'enfin, les dettes du défunt regardent & affectent tout son patrimoine, soit qu'il consiste en meubles, ou en immeubles, *L. subsignatum de verb. signif.* que d'ailleurs le partage des heritiers ne peut pas nuire aux creanciers, *qui certant de damno vitando*. Encore un coup, on n'a pas d'égard à ces raisons: le creancier a eu tort de ne pas faire apposer le scellé & de ne pas saisir: car dés que les meubles sont partagez, ils ne sont plus ceux du défunt, mais sont les meubles de ses heritiers, qui ne sont tenus que de leur portion virile des dettes, selon la Loy des XII. Tables. Ce que Maistre Charles du Molin a resolu ainsi en son Traité *dividui & individui*, part. 2. nomb. 63. Cet exemple semble donc nous inviter à dire en nostre espece, que cet heritier qui est une fois déchargé de la solidité, estant comme un heritier qui n'a que des meubles, ne doit point souffrir de l'insolvabilité de son coheritier, & que comme il n'est pas juste qu'il en ait esté déchargé par le creancier au préjudice des autres, parce que le creancier a pû donner son bien, mais non pas le bien d'autruy, suivant la maxime ordinaire, *alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet*, la part que cet heritier, qui a esté ainsi déchargé, auroit dû porter des insolvabilitez, tombe en pure perte au creancier.

D'un autre côté, ce seroit détruire ce qui vient d'estre dit, que le creancier qui a reçû la part de cet heritier, & par ce moyen l'a déchargé de la solidité, n'a pas prétendu diviser sa dette: car si les coheritiers sont tenus solidairement du restant, ils portent les insolvabilitez qui y sont comprises, suffisant au creancier d'exiger le restant de quelqu'un d'entr'eux. D'ailleurs, si les coheritiers obligent l'heritier déchargé de la solidité de contribuer aux insolvabilitez, il n'en a point de recours contre le creancier, parce que l'action des coheritiers est une garantie de partage, & une action qui resulte du partage, que le creancier ne s'est point obligé de luy garantir.

Pour me déterminer sur cette question, j'estime ce parti le meilleur, & que la décharge de la solidité, n'empêche pas regulierement que les coheritiers ne puissent se pourvoir contre l'heritier ainsi déchargé, pour sa part des insolvabilitez: parce que, comme il vient d'estre dit, le creancier a pû luy remettre sa solidité, mais ne pouvant pas disposer du bien d'autruy, il n'a pas pû ôter aux coheritiers la faculté qu'ils ont de partager & de regaler entr'eux les non-valeurs, & la perte qui leur arrive par l'insolvabilité de l'un d'eux: ce qui paroist d'autant plus juste, que lon suppose que cet heritier ainsi déchargé de la solidité, est détempteur d'immeubles: Je n'estime point qu'en ce cas, cet heritier ait aucun recours de garantie contre le creancier, sous pretexte de la promesse qu'il luy a faite, de le décharger de toute solidité: ensorte que *celeritate conjungendarum actionum*, l'on puisse obliger ce creancier de rabattre du restant qu'il poursuit solidairement, la part que cet heritier qu'il a déchargé de la solidité, auroit dû porter les insolvabilitez. Ces pretextes ne me touchent point, cette action des coheritiers, pour s'obliger respectivement de contribuer, ne dérive point du creancier, ce n'est point luy qui l'a cedée, elle dérive de l'équité du partage, c'est une garantie du partage qui n'est point comprise dans une décharge de solidité, le creancier en accordant cette décharge, n'a pas prétendu rien diminuer du fond de sa dette, ni en perdre aucune portion, il seroit trop dur de faire ainsi refléchir sur luy la grace qu'il n'a accordée, qu'en se reservant ses droits, parce qu'il a supposé en faisant cette reserve, qu'il pourroit exiger le restant solidairement de chacun des autres heritiers.

En effet, si l'on suppose que cet heritier qui a payé sa part, n'ait eu que des meubles, mais que les autres ayent eu des immeubles en partage, ne sera-il pas juste de dire, en ce cas, que le creancier exigeant le total du surplus des autres heritiers, s'il se trouve des insolvabilitez, elles doivent estre portées par cet heritier ainsi déchargé, pour sa part & portion, parce que cet heritier a eu autant en meubles, que les autres en immeubles, & que la garantie & la justice des partages demandent cela. Cependant ce ne sera point par l'effet d'aucune action hypotequaire ni solidaire qui procede du creancier, que les coheritiers feront

image
not
available

parce que le don mutuel doit estre égal, ce qui ne se trouveroit pas, si cette confusion avoit lieu, car le mari n'ayant point de doüaire, il donneroit moins que sa femme. Enfin, la question a esté terminée conformément à cette derniere opinion par Arrest du 7. Septembre 1587. rendu au profit du sieur de Heraucourt, & rapporté par Charondas, sur les articles 334. & 335. de la Coutume de Paris. Et par un plus recent en datte du 10. Juillet 1655. rapporté entre les Arrests de la cinquiéme Chambre des Enquestes. Quelques-uns prétendent qu'il faut excepter le cas où le fils est décedé mineur & la mere a esté tutrice, & qu'en ce cas, la mere ayant dû se payer, supposé qu'il y ait eu des meubles suffisamment pour la satisfaire, non seulement elle confond à proportion de l'émolument, mais même elle confond le tout. Mais nous avons nostre regle pour les successions des mineurs, qui est que soit que leurs dettes ayent esté acquittées, ou non, il faut que tous leurs heritiers y contribuent, comme s'ils avoient succedé immediatement aux parens du mineur.

17. Refutation d'une autre extension.

L'on a encore demandé si le défunt ayant acquis un heritage moyennant un certain prix, & à la charge d'acquitter une rente fonciere dont il estoit déja chargé, & ne l'ayant point acquittée de son vivant, cette rente doit estre payée par tous ses heritiers; ou seulement par l'heritier de ses meubles & acquests, qui succede à cet heritage. D'un côté l'on peut dire que dés lors que le défunt s'est obligé de payer la rente en l'acquit de son vendeur, & que cette condition fait partie de son contrat d'acquisition, c'est une obligation personnelle qui passe en la personne de tous les heritiers. Ainsi ils doivent tous contribuer au payement, & l'un d'eux estant obligé de payer acquitte les autres & en doit estre garanti, suivant l'article 333. de la Coutume de Paris : d'autant plus que nous avons dit cy-dessus, que quand la personne du défunt est obligée avec un de ses heritages qu'il a specialement affecté, ou qu'il a joint à l'hypoteque speciale l'hypoteque generale de ses autres biens, alors la dette est à la charge de tous les heritiers.

18. Si le défunt ayant acquis un heritage, à la charge d'acquitter une rente fonciere déja créée, cette rente doit estre acquittée par tous les heritiers, ou par celuy à qui l'heritage tombe en partage.

On pourra dire d'autre part, que la rente est entierement à la charge de l'heritier des acquests à qui l'heritage tombe en partage; parce qu'encore qu'il y eût obligation personnelle de la part du défunt, qui s'estoit obligé par son contrat d'acquitter cette rente, neanmoins l'obligation réelle prévaut en ce rencontre, & c'est plus la dette de l'heritage que du défunt. Et en cela la dette réelle de l'heritage même est bien differente de la dette hypotequaire, dont nous avons parlé plus haut. Car la premiere est une obligation principale; & la seconde, une obligation accessoire. *Talis obligatio non est naturalis, sed accidentalis, nec est propriè & simpliciter personalis, sed solum secundum quid; magis autem & principaliter realis est*, dit Maistre Charles du Molin, sur une espece approchante qu'il propose sur l'article 11. de la Coutume de Paris, nomb. 18. Or ce n'est pas de ces sortes d'obligation, dont parle l'article 333. de cette Coutume, & dont il donne le recours entre coheritiers, mais seulement des dettes personnelles & hypotequaires, dans lesquelles l'obligation personnelle prévaut, & l'hypotequaire n'est qu'accessoire, & ce parti me semble le plus juste.

Il faudroit dire sur le même fondement, que si cette rente est sur le fief, le fils aîné la paye à proportion de ce qu'il a dans le fief; & si ce fief fait partie d'une succession collaterale, elle sera à la charge des mâles qui succederont au fief à l'exclusion des femelles, selon la décision de la Loy 1. *C. si certum petatur*.

J'ay vû demander neanmoins, si un pere ayant acquis un fief à la charge d'une rente fonciere rachetable, l'aîné contribuoit au payement de cette rente pour sa part virile seulement, ou à proportion de ce qu'il avoit dans le fief. Le sujet de douter estoit, que par l'article 78. de la Coutume de Paris, une alienation à la charge d'une rente fonciere stipulée rachetable est censée une vente & produit des droits : Cependant il faut dire que l'aîné contribuëra à cette dette à proportion de ce qu'il aura dans le fief : parce que jusques au rachat, c'est une charge réelle & une vraye rente fonciere, quoique rachetable par la convention. Nous avons même une disposition expresse dans la Coutume d'Orleans, qui décide en l'article 349. que toute rente créée dans un partage, ou à l'occasion d'une licitation, est reputée fonciere, quoiqu'on l'ait stipulée rachetable.

19. Quoique la rente fonciere qui est sur le fief, soit rachetable, l'aîné contribuë non pour sa part virile, mais à proportion de ce qu'il a dans le fief.

Il n'en est pas de même lorsque le défunt devoit un quint, ou un relief, ou d'autres droits Seigneuriaux, pour un fief qu'il avoit acquis : car cette dette ne concerne pas seulement celuy à qui le fief est donné en partage; mais estant considerée comme une dette mobiliaire passive de la succession, elle concerne tous les heritiers.

L'on a eu autrefois beaucoup de peine d'accorder nostre regle *paterna paternis* avec nos Coutumes, qui sans considerer l'origine des dettes, & sans examiner de quel côté elles procedent, en chargent les heritiers de diverses natures de biens à proportion de l'émolument. Et il y a même des modernes qui ont peine à se rendre à l'usage sur ce point : ce qu'il faut discuter une fois, pour n'y plus revenir. Je demande donc si un rente constituée par une mere doit estre acquittée dans la Coutume de Paris par les seuls heritiers maternels du fils, qui aprés avoir esté heritier de sa mere est decedé sans enfans, ou si les autres heritiers du fils y doivent contribuer à proportion de l'émolument ? Et pour le faire court, il est indubitable que tous les heritiers y doivent contribuer, selon l'article 334. de nostre Coutume : parce que le fils ayant esté une fois heritier de sa mere a esté obligé au payement de ses dettes, & a contracté par cette addition avec les creanciers : ensorte qu'aprés sa mort, ces dettes sont effectivement dettes de sa succession, & doivent estre payées entre ses heritiers, suivant cet article.

30. Si dans la succession les dettes maternelles doivent estre acquittées par les heritiers maternels, ou par tous les heritiers indistinctement.

C'est ainsi que l'on a jugé qu'une femme ayant accepté la communauté d'entr'elle, & son défunt mari, sa mere heritiere des meubles, acquests & conquests immeubles, & ses collateraux heritiers des propres, devoient contribuer au payement des dettes de la communauté, même de celles où elle n'avoit point parlé. L'acceptation d'une communauté & celle d'une succession ont à cet égard le même effet; à la reserve que celle de la communauté n'oblige pas la femme, ni ses heritiers audelà de l'émolument. Dans l'une ni dans l'autre l'on n'a point égard à la regle qui porte, que *bona non dicuntur nisi deducto ære alieno* : parce que l'on considere les dettes de la communauté & de la succession acceptées, comme des dettes de la succession même de celuy qui a fait cette acceptation, & non plus comme des dettes de communauté; ni de la succession écheuë à celuy des biens duquel il s'agit, ce qui est même fondé sur la disposition du Droit en la Loy 8. *ff. de adquir. hered.* & en la Loy *Sed etsi ff. ad Trebell.* Nous disons avec la Loy que *hereditas addita non est amplius hereditas, sed patrimonium heredis.*

31. Exemple tiré du droit de communauté.

image
not
available

tres contre le titre nouvel.

Il vient d'estre dit, que quand il s'agit de la succession d'un mineur chargée de dettes à cause d'autres successions qui luy estoient échûës de son vivant, l'on ne suppose point que par la concurrence de qualitez incompatibles, il se soit fait aucune confusion en sa personne, mais les dettes de chaque succession qui luy est échûë, se prennent sur les biens de la même succession. Que si pendant la vie, ou depuis le decés du mineur l'on a vendu des biens d'une succession, pour acquitter les dettes d'une autre, en ce cas, les heritiers du mineur du costé dont les biens ont esté vendus, ont leur action de remploy & de recompense, pour laquelle ils s'adresseront aux propres de l'autre ligne, sans estre même obligez de discuter les meubles du mineur; sinon en ce qu'il s'en trouve qui dérivent du costé dont estoient les dettes: & c'est l'espece de l'Arrest du 3. Avril 1608. appellé au Palais *l'Arrest de Guy de Laval.* En tout autre cas, si pendant la tutelle il a esté racheté une rente, ou vendu un heritage propre, les heritiers du costé de la rente ou de l'heritage vendu se vengent d'abord sur la succession mobiliaire du mineur par deux raisons; la premiere, que les deniers du sort principal de la rente, ou de l'heritage, se sont confondus dans cette succession mobiliaire; la seconde, que l'alienation est reputée faite pour les affaires particulieres du mineur, ausquelles ses meubles estoient particulierement affectez. Mais au cas dont il s'agit, où les propres d'un costé ont esté vendus pour acquitter les dettes d'un autre costé, comme l'on veut que chaque succession échûë au mineur porte ses dettes, & qu'il ne se fasse point de confusion en sa personne, l'on n'exerce pas la reprise sur les meubles du mineur, si ce n'est qu'ils viennent de la succession originairement debitrice, mais on l'exerce sur les propres de la succession debitrice, sans quoy les heritiers dont on a vendu les propres, ne seroient pas suffisamment recompensez.

36. Comment les freres consanguins & uterins contribuent aux dettes, supposé que l'on explique la Loy *De emancipatis C. de legit. hered.* suivant l'opinion cōmune.

On peut encore proposer cette question pour le païs de Droit écrit, en supposant l'opinion commune que la Loy *de emancipatis C. de legitimis hered.* préfere les freres consanguins dans les biens qui sont du costé du pere, & les uterins, dans ceux qui procedent de la mere, quoique ce ne soit peut-être pas la plus veritable, comme il a esté établi au chapitre de la Succession des Propres, sect. 2. nomb. 1. & l'on peut demander de quelle maniere des freres consanguins & uterins qui auront partagé conformément à l'opinion vulgaire, contribueront entr'eux aux dettes du défunt, si pour leurs parts hereditaires, où à proportion de l'émolument. Car il semble qu'il n'y ait point d'autre partage dans le Droit, que selon les portions hereditaires, suivant la Loy 2. *C. de heredit. action.*

D'autre part, si l'on suppose qu'il y ait des dettes du costé du pere, d'autres du costé de la mere, & que le défunt ait laissé des freres consanguins, & des freres uterins, quelle justice qu'ils portent toutes les dettes, selon leurs parts hereditaires, puisqu'ils ne succedent pas tous dans les mêmes biens, & que les dettes peuvent proceder de divers costez? Enfin, que le frere consanguin paye sa part des dettes du costé de la mere, dans les biens de laquelle il ne prend rien, & que l'uterin paye la sienne des dettes du pere, puisqu'il ne reçoit rien non plus de ce costé-là? ainsi il faut déduire dans chaque succession les dettes dont elle est chargée: ensorte que le consanguin succedant aux biens paternels, paye les dettes du costé du pere, & l'uterin celles du costé de la mere, & que celles du défunt se payent entr'eux *pro portionibus hereditariis*, ou il faut qu'ils partagent entr'eux toutes les dettes à proportion de l'émolument. Et je me porterois d'autant plus volontiers à ce parti, qu'il conformeroit à cet égard les Provinces de Droit écrit au Droit commun du Royaume: Aussi la Coutume d'Auvergne, au titre des Success. art. 16. 17. 18. & 22. s'y est conformée.

37. Même question au sujet de l'Edit des meres.

Il en faut dire autant pour les mêmes Provinces de Droit écrit à l'égard des meres. Car les Parlemens qui suivent l'Edit des meres, ne peuvent pas se dispenser de sortir de la regle du partage des dettes par portions hereditaires, & de suivre celuy que nous faisons à proportion de l'émolument, lorsqu'une mere est heritiere des meubles & acquests de son fils, & de l'usufruit de la moitié des propres, & qu'il y a des freres germains qui sont heritiers des propres: car il seroit injuste, quand il y a beaucoup de meubles & acquests, que la mere qui les doit avoir à l'exclusion des freres germains, l'Edit ayant dérogé en cela à la Novelle 118. chap. 2. & donnant à la mere indistinctement tous ces meubles & acquests en pleine proprieté, avec l'usufruit de la moitié des propres, selon les Arrests rapportez sur la lettre M. de Monsieur Loüet, nomb. 22. Arr. 3. & 4. ne payast pour cela que sa part afferante des dettes avec plusieurs freres, & qu'au contraire, quand il n'y a point de meubles ni d'acquests, elle payast sa part virile des dettes passives pour un usufruit momentanée de la moitié des propres, ce qui rend le partage à proportion de l'émolument d'une necessité indispensable en ce rencontre, & ce que l'on peut appuyer sur deux autres raisons: La premiere, que ce partage n'estant pas contraire à toutes les maximes du Droit, la Loy 50. §. 1. *ff. de judic.* disant, *Æs alienum totum patrimonium imminuere constat, non certi loci facultates*, la Loy *Celsus* & la Loy suivante cy-dessus citée, ordonnant même précisément cette espece de partage en un rencontre particulier, il semble qu'il n'y a pas d'inconvenient de s'y attacher, quand l'on trouve une injustice manifeste dans le partage, selon les portions hereditaires. La seconde, que, comme il a esté dit en la question précedente, cela fait une conformité avec le païs Coutumier. Et c'est la raison pour laquelle quand il s'est agi de sçavoir, si la mere devoit avoir, aux termes de l'Edit des meres, tous les meubles & acquests, à l'exclusion des freres germains, contre la disposition de la Novelle 118. chap. 2. qui les appelle concurremment avec elle, quelques-uns prétendant que l'Edit n'estant fait que pour la conservation des biens paternels dans leur ligne, ne dérogeoit en aucune façon à cette Novelle à l'égard des autres biens, l'on a conclu pour l'affirmative, cela faisant encore une conformité au Droit coutumier, que l'on se doit proposer pour but, quoique l'on n'y parvienne pas toûjours.

38. Du recours solidaire d'une ligne contre une autre ligne.

Autrefois dans le païs Coutumier l'on avoit voulu partager les dettes par lignes, & en faire porter moitié aux heritiers paternels; moitié aux maternels, comme il paroist dans de Lommeau, liv. 3. pag. 258. Mais cette maniere de partage ne s'estant pas soutenuë long temps, l'on a demandé au moins si l'heritier d'une ligne ayant payé le total d'une dette, ne pouvoit pas avoir son recours solidaire contre chacun des heritiers de l'autre ligne, pour la part dont cette autre ligne peut estre tenuë, parce que l'on a consideré les heritiers de diverses lignes, comme n'estant point cōheritiers; ce qui a esté jugé par un Arrest du 13.

image
not
available

qui sans le don mutuel, payeroient leur part des dettes de la communauté, n'en payent rien pendant le don mutuel, à cause que la Coutume charge précisément le donataire mutuel de les avancer pour eux : d'où il conclut qu'en recompense, pendant le même don mutuel, les heritiers des propres doivent porter seuls les dettes & les rentes créées avant le mariage.

45. Inconveniens reciproques dans l'une & l'autre part. Cette question est d'autant plus intriguée, que si l'on suit le parti de l'heritier des meubles & acquests, l'on surchargera les heritiers des propres plus qu'au *pro rata* de leur émolument dans la succession, & si l'on conclut pour les heritiers des propres, non-seulement l'on chargera un heritier des acquests, qui ne joüit de rien, de contribuer aux dettes, mais on l'obligera d'y contribuer à proportion d'une pleine proprieté, qu'il n'a pas, & qu'il n'aura peut-être jamais personnellement.

D'un costé, l'heritier des propres souffrira du don mutuel, qui ne se doit point prendre à ses dépens, & à cause qu'il y en a un, il payera une plus grande part des dettes, ou d'autre costé l'on contreviendra à la Coutume qui ne charge l'heritier des acquests, qu'à proportion de l'émolument, & par consequent pour sa nuë proprieté pendant le don mutuel, & l'on fera contribuer, pour toute la valeur de la pleine proprieté, celuy qui n'a pas, & n'aura peut-être jamais l'usufruit.

Quelques-uns au milieu de ces ambiguitez ont conclu, que les heritiers des meubles & acquests ne doivent point contribuer dutout, pendant le don mutuel, à ces rentes créées avant le mariage: parce que les heritiers des propres ne contribuoient point, pendant ce temps, aux dettes de la communauté : d'autant plus que ces heritiers profitent de l'occasion du don mutuel, auquel ils ne contribuent point dutout, & qui se prend sur des biens où ils n'ont point de part.

46. Resolution que la contributiō pour l'usufruit du don mutuel est à la charge de l'heritier des propres. Ce qui me détermine en cette occasion pour l'heritier des meubles & acquests, & pour dire que l'heritier des propres doit contribuer pour l'usufruit du don mutuel, c'est en premier lieu, la disposition de la Coutume qui ordonne la contribution à proportion de l'émolument : Or il est impossible de concevoir que l'on puisse observer cette Loy en faisant contribuer un heritier qui n'entrera peut-être en joüissance que dans trente ans, sur le même pied, que s'il avoit une joüissance presente, & si en supposant, par exemple, que les meubles & acquests montent à 16000. livres, & les propres à pareille somme, & qu'il y ait pour 8000. livres de dettes passives, dont 4000. livres sont créées auparavant, & 4000. liv. créées aprés le mariage, l'on fait supporter, en ce cas, 4000. liv. à l'heritier des acquests, qui n'a que la nuë proprieté des acquests, comme à celuy des propres, qui a la pleine proprieté des propres.

En second lieu, il semble qu'il est bien plus juste d'obliger les heritiers des propres de continuer seuls les rentes créées avant le mariage, pendant le cours du don mutuel, puisqu'ils se recompensent en ne payant rien, pendant ce temps, des dettes de communauté, & qu'ainsi le don mutuel qui les décharge d'un costé, les charge de l'autre, que de vouloir que l'heritier des meubles & acquests, qui perd déja l'usufruit de ses biens, qui luy sont destinez, paye encore les dettes pour cet usufruit qu'il n'a pas, & qu'il n'aura peut-être jamais. L'on pourroit ajoûter, que les dettes contractées avant le mariage, sont naturellement les charges des propres.

47. Cas singulier où l'on fait cōtribuer le legataire particulier avec l'heritier des meubles & acquests, & l'heritier des propres. Il s'est presenté une autre question entre un heritier des propres, un heritier des meubles & acquests, & un legataire particulier. Un homme laissoit en mourant pour 17000. livres de propres, & des acquests aussi pour 17000. livres, consistant en une maison de valeur de 15000. livres, plus une rente sur l'Hostel de Ville de 2000. livres de principal, ses dettes montoient environ à 15000. livres : il laissoit aussi un heritier des meubles & acquests, & un heritier des propres, & avoit legué sa maison à un particulier. Ce legataire prétendoit avoir son legs franc & quitte de toutes dettes, son titre ne l'obligeant point au payement des dettes ; au contraire, l'heritier des propres soûtenoit que ce legataire devoit y contribuer, parce qu'autrement les dettes retombant sur les propres, la disposition testamentaire se trouveroit avoir esté audelà du quint des propres. Quant à l'heritier des acquests, il est certain que n'ayant que cette rente de 2000. livres en principal, & peu de meubles, il ne peut rien conserver, comme il sera dit incontinent.

L'ordre de la contribution aux dettes doit donc estre, en ce cas, de commencer par regler quels seront les quatre quints des propres : ce qui ne se pouvant faire, qu'en déduisant les dettes sur tous les biens au sol la livre, l'on fera d'abord cette déduction, & les propres reduits par la part des dettes qu'ils devront porter, l'heritier des propres en aura les quatre quints. Dans cete operation l'on fera contribuer la maison & la rente, comme supposant que les 15000. livres de dettes les diminuoient à proportion, aussi bien que les 17000. livres de propres, mais les propres ainsi diminuez par leur part des dettes, & les quatre quints donnez aux heritiers des propres, tout ce qui aura esté ainsi retranché sur les propres, ensemble la rente ou sa valeur, seront employez au payement des dettes, & le surplus sera acquitté par le legataire particulier. Ainsi c'est un cas, où y ayant des heritiers, le legataire particulier ne laisse pas de souffrir le retranchement de son legs pour les dettes du testateur : Au reste, cette décision suppose que l'heritier des meubles & acquests ne conserve rien dutout de ses 2000. livres, qui faisoient tout son partage, parce qu'il ne seroit pas juste que l'on fist contribuer aux dettes un legataire particulier, tandis qu'un heritier des meubles & acquests profiteroit d'un sol de la succession, ou un heritier des propres audelà de ses quatre quints.

Il y a aussi une décision assez singuliere contre le legataire universel : car les Arrests ont jugé, que dans la contribution des dettes entre un legataire universel, & des heritiers des propres qui se tiennent aux quatre quints, le legataire universel contribuoit au payement des dettes, non-seulement à proportion de son legs universel, mais des legs particuliers faits à d'autres personnes, lesquels sont à sa charge. Le fondement de ces Arrests est, qu'une disposition ne peut entâmer les quatre quints des propres : ce qui arriveroit, si y ayant des legs universels & particuliers, les seuls legs universels contribuoient, & comme les legataires particuliers n'ont pas un titre qui les oblige aux dettes, il faut que les legataires universels y contribuent en leur lieu & place, avec les heritiers des propres qui se tiennent aux quatre quints. 48. Cas où le legataire universel contribuë même à raison des legs particuliers.

L'on peut encore demander, si le debiteur peut par sa promesse, établir des Loix extraordinaires pour ses heritiers : par exemple, consentir qu'encore qu'ils ne soient point détempteurs d'immeubles, chacun d'eux sera tenu pour le tout, ce qui seroit fort commode à ceux qui prêtent, & aideroit à faciliter le commerce. Mais cela sem- 49. Si le debiteur d'une promesse peut stipuler que ses heritiers seront tenus cha-

image
not
available

distinguer les dettes qui ont esté contractées par chacun des conjoints auparavant le mariage; & celles qui ont esté contractées depuis.

57. Des immobiliaires créées avant le mariage. A l'égard de celles qui ont esté contractées auparavant le mariage, les immobiliaires, comme les constitutions de rente, sont dûës par le conjoint qui les a créees : parce que, comme nous avons dit en cet endroit, aprés que l'on fut revenu de l'ancien usage, qui attachoit à la succession des meubles le payement de toutes les dettes indistinctement, l'on commença à considerer les dettes immobiliaires, comme les charges des immeubles, & les immobiliaires, comme les charges des meubles : Ensorte que les immeubles acquis avant le mariage, n'entrant point en communauté, l'on jugea que les dettes immobiliaires n'y devoient pas entrer non plus : c'est pourquoy si le mari a emprunté par constitution avant le mariage, sa veuve, quoique commune, ne doit rien du fond de la rente, ni des arrerages à venir. Et par la même raison si les conjoints se sont fait une communauté de tous biens, toutes les dettes y doivent entrer, de quelque nature qu'elles soient. Et si quelqu'un a stipulé que la moitié de tous ses biens, même de ses propres, entrera en communauté, il doit y entrer la moitié de ses dettes immobiliaires passives.

58. Des mobiliaires créées avât le mariage, & que celles de la femme qui renonce, sont à la charge du mari. A l'égard des dettes mobiliaires, elles entrent en communauté ; ensorte que si la femme devoit quelque chose par obligation avant son mariage, c'est la dette du mari : & s'il ne l'a pas acquittée durant le mariage, il l'acquitte aprés, encore même qu'elle, ou ses heritiers renoncent à la communauté : Que si la femme a esté obligée de payer cette dette sur ses propres dans le même cas de renonciation, elle a son recours pour le tout contre son mari, ou contre ses heritiers.

59. Quoiqu'elle, ou ses heritiers, ayent repris franchement & quittement. Cette proposition auroit lieu, comme nous avons déja dit au même endroit, en cas même que la femme, ou ses heritiers eussent repris franchement & quittement, en vertu d'une clause précise du contrat de mariage : car ce n'est point l'apport que fait la femme dans la communauté, qui oblige le mari de payer ses dettes ; mais c'est la communauté même, qui ne laisse pas d'avoir lieu, lorsque la dot n'a pas esté payée, ou que la reprise a eu lieu : autrement l'on donneroit à la clause de reprise, l'effet de la clause de separation de dettes. Enfin, le mari ne seroit tenu des dettes, que jusques à la concurrence des biens de la communauté, lequel privilege n'appartient qu'à la femme. C'est pourquoy il faut conclure indubitablement, qu'une reprise executée ne libereroit pas, dans cette espece, le mari, ni ses heritiers.

60. De la separation contractuelle des dettes, & de ses conditions & effets. C'est pour éviter cette confusion des dettes mobiliaires d'auparavant le mariage, que l'on a inventé la clause de separation de dettes, qui doit estre consommée contre les creanciers par un inventaire fait avant le mariage, & avant que la confusion des biens soit faite ; quoiqu'entre les conjoints, la clause de separation des dettes suffit. Cette clause n'empêche pas que les conjoints ne soient tenus des interests des dettes creées auparavant le mariage, lesquels ont couru pendant la communauté ; parce que ce sont dettes de communauté. Ainsi supposé que la dette soit du chef de la femme, en cas d'acceptation par la femme, ou ses heritiers, le mari en est tenu pour moitié à leur égard ; & pour le tout au respect des creanciers de la femme, sauf son recours pour moitié ; & en cas de renonciation, il est tenu de tout : & si les creanciers se sont payez durant le mariage, ou aprés sur les propres de la femme, elle a son recours de même pour moitié en cas d'acceptation, & pour le tout en cas de renonciation, nonobstant la clause de separation de dettes, qui ne comprend point les interests du temps du mariage, qui sont dettes de communauté. Ce qui auroit lieu au cas même que le conjoint debiteur n'eût apporté aucuns biens, & qu'il ne fût entré en la communauté qu'avec ces dettes passives.

La plus grande difficulté est, en cas que durant le mariage, il soit échû une succession à l'un des conjoints, où il y ait beaucoup de dettes passives mobiliaires, peu de meubles, & beaucoup d'immeubles. Car si l'on suppose, par exemple, que cette succession soit du chef du mari, est-il juste qu'en acceptant cette succession, il charge sa communauté de ses dettes mobiliaires, qui peuvent en absorber tout le bien, au cas, par exemple, qu'il n'y ait que pour cinq ou six mille livres de meubles, pour cent mille livres d'immeubles, & pour cinquante mille livres de dettes passives. Et pour moy j'estime qu'il est dû recompense à la femme ou à ses heritiers, & qu'encore que ces dettes passives deviennent des charges de la communauté; neanmoins comme par le moyen de l'acquittement de ces dettes, le mari conserve une ample succession, il doit en recompenser sa femme : parce qu'autrement, il s'appliqueroit à luy-même tout le profit de sa communauté, ce qui ne luy est pas permis. 61. D'une succession échûë à l'un des conjoints avec peu de meubles, & beaucoup d'immeubles, & beaucoup de dettes.

Que s'il n'y a point dutout de meubles dans cette succession, l'addition qui en aura esté faite par le mari, aura-t-elle chargé la communauté de ces 50000. livres de dettes mobiliaires : ensorte que la femme qui l'accepte aprés le decés du mari, soit obligée d'en payer la moitié ; & il faut dire dans l'exactitude des regles, que la communauté ne laisse pas d'estre chargée de ces dettes, sauf à la veuve d'obtenir la recompense dont il vient d'estre parlé. En effet, la puissance du mari sur la communauté est absoluë, & tous les actes du mari, qui ne donnent pas lieu à la dissolution de la communauté, comme sont les crimes capitaux, la peuvent charger & oberer. 62. Quid s'il n'y a aucuns meubles dans cette succession.

Cependant plusieurs estiment, qu'en ce cas, les dettes mobiliaires se devant prendre sur les immeubles de la succession échûë, elles sont considerées comme immobiliaires, & ne chargent point la communauté de l'heritier, où les immeubles n'entrent point : & disent que dans cette matiere l'on regarde principalement l'affectation de la dette, & que c'est pour cela seulement que la communauté n'est point chargée des dettes immobiliaires de la succession ainsi échûë, quoique regulierement l'addition du mari devroit charger la communauté de ces dettes-là mêmes.

Que si l'on suppose à present que cette succession soit du chef de la femme, & qu'elle luy soit échûë avec les mêmes circonstances, le mari l'ayant autorisé pour l'accepter, il ne laissera pas d'avoir la même recompense du midenier en cas que la femme ou ses heritiers acceptent la communauté ; & du total par diminution sur la dot, en cas qu'ils renoncent : Le tout supposé que ces dettes ayent esté acquittées pendant la communauté : Que si elles n'ont pas esté acquittées, le mari en est toûjours tenu envers les creanciers, sauf ce même recours. Il faudra pourtant déduire sur l'indemnité du mari, la valeur des meubles dont il a profité 63. Quid si la succession est du chef de la femme,

Que si le mari n'a point autorisé sa femme, sa communauté n'en est point chargée, pourvû qu'il y ait un inventaire de la succession échûë, auquel cas le mari est quitte en representant le contenu en cet inventaire. Quelques-uns le chargent aussi de la restitution des fruits qu'il a perçûs des pro- 64. Quid si le mari n'a pas autorisé.

image
not
available

qui ne se peut pas, comme nous avons déja dit au livre 2. chapitre 1. section 1. nombre 36. Cependant cette disposition estant illicite l'on pourroit procurer le même avantage à son heritier mobilier, en prenant une autre voye & en leguant à ses creanciers le quint de ses propres, à la charge qu'il leur tiendroit lieu de payement de leur dû. Car il arrive quelquefois dans nostre Droit, aussi bien que dans le Droit Romain, que la même chose qui est défenduë par une voye, est permise par une autre, comme nous avons déja observé en ce chapitre, sect. 2. nomb. 39.

73. Objection tirée de ce qu'il est permis d'assigner ainsi ses legs sur quelques-uns de ses heritiers.

L'on ne manquera pas d'objecter contre nostre décision principale, qu'il doit estre permis d'ordonner que ses dettes soient payées sur un certain genre de ses biens, & sur le quint de ses propres, au préjudice des heritiers de ces mêmes biens: puisqu'il est permis d'ordonner, que ses legs seront pris sur le quint de ses propres, pourveu que ces legs ne soient pas faits en faveur des heritiers des meubles, ni des heritiers d'autres propres, mais au profit de personnes étranges.

74. Réponse & difference entre les dettes & les legs.

La réponse est, qu'il y a une difference essentielle à cet égard entre les dettes, & les legs particuliers; parce que les dettes diminuent de plein droit tous les biens d'une succession: ensorte que d'en décharger aucuns de ses heritiers, c'est leur faire des prélegs, & c'est augmenter ce qui leur peut appartenir naturellement; mais on ne peut pas dire, que les legs diminuent de plein droit les biens; puisqu'ils ne les diminuent qu'en vertu de la disposition testamentaire qui en affectant de certains biens à de certains legs, separe ces mêmes biens du reste de la succession. Les dettes se répandent naturellement sur tous les biens; mais les legs n'en affectent naturellement aucuns, & au lieu qu'il est vray de dire que quand on charge l'heritier des propres de payer les dettes, l'on en décharge à même temps l'heritier des meubles & acquests, auquel par consequent l'on fait un prélegs, à l'égard des legs quand l'on en charge un des heritiers, l'on n'en décharge point un autre; parce qu'il ne les devoit pas naturellement, & ne les auroit jamais pû devoir, qu'en vertu d'une disposition: Ainsi on ne luy fait en cela aucun avantage ni aucun prélegs.

75. Si la succession estant insuffisante, l'on conserve le partage des dettes à proportion de l'émolument, ou si l'on partage par testes.

Il y a un cas singulier où il semble que l'on soit obligé dans nos Coutumes de sortir du partage qu'elles ordonnent à proportion de l'émolument entre des heritiers de differentes lignes, c'est lors qu'il est tant survenu de dettes & de mauvaises affaires, que les biens estant entierement épuisez, il reste encore des dettes à acquitter: car alors l'on quitte le partage des dettes selon l'émolument, & l'on en paye le residu par portions hereditaires. La raison est que ce dernier partage estant le droit commun & primitif, & la maniere de supporter les dettes la plus naturelle: ensorte même que les creanciers ne sont point obligez d'en reconnoistre d'autre, il y faut necessairement revenir, lors qu'il n'y a plus raison de suivre le partage à proportion de l'émolument, qui n'est qu'une exception du droit commun, & en general quand le motif sur lequel une exception du droit commun est fondée, cesse une fois, l'exception doit aussi cesser: cela se verifie dans la matiere du rapport, dont l'obligation cesse dés que l'égalité n'est plus requise, comme entre ascendans de diverses lignes, ou entre des ascendans & des heritiers des propres. Or la raison qui a fait établir le partage des dettes à proportion de l'émolument entre des heritiers de divers genres de biens, comme une exception au droit commun, qui veut que ce partage se fasse par portions hereditaires, laquelle consiste en ce que des heritiers de diverses lignes & de divers genres de biens, ne sont pas coheritiers, & que d'ailleurs, l'équité demande ce partage à cause de l'inégalité des differens patrimoines qui se trouvent dans une même succession, cesse absolument au cas dont il s'agit; puisqu'il ne reste rien du tout à aucun des heritiers. Ainsi il faut quitter l'exception & retourner au droit commun. Aussi il y a de l'impossibilité de partager les dettes à proportion de l'émolument, lors que les dettes se trouvent avoir consommé tous les biens, & qu'il en reste encore à acquitter. Ce qui semble ainsi préjugé par l'article 334. de la Coutume de Paris, qui condamne les heritiers de diverses natures de biens de contribuer aux dettes *chacun pour telle part & portion qu'ils en amendent*: Or celuy-là n'amende pas des biens qui les a tous abandonnez aux creanciers, & a encore des dettes à payer.

L'on peut bien quitter quelquefois le partage des dettes à proportion de l'émolument, pour suivre le partage *in viriles*: puis qu'en pays de Droit écrit l'on quitte quelquefois le partage *in viriles* pour suivre celuy *pro modo emolumenti*, comme sont obligez de faire ceux qui expliquent la Loy *de emancipatis C. de legit. hered.* suivant l'opinion commune, & ce qui s'observe encore necessairement en execution de l'Edit des meres, *sup. n. 34. & 35.*

L'on peut objecter contre cette décision, que si tous les heritiers ont commis une faute chacun en leur particulier, de s'estre portez heritiers purs & simples, ils doivent aussi porter chacun en particulier la peine de leur faute, sans que la faute de l'un augmente la peine qui est dûë à la faute de l'autre: Ce qui peut même estre fondé sur la regle *damnum 86. de regul. in 6.* d'où il suit que celuy, par exemple, qui à proportion de l'émolument qu'il avoit dans les biens, n'auroit supporté que la vingtiéme partie des dettes, n'en doit pas supporter la dixiéme partie, sous prétexte que ses coheritiers ont commis la même faute que luy, & qu'ils se sont portez heritiers purs & simples.

La réponse à cette objection dépend de ce qui a esté déja dit: car si cet heritier collateral n'auroit porté que la dixiéme partie des dettes, supposé qu'il y eût eu des biens de reste dans la succession, cela seroit arrivé en consequence de ce que les dettes suivent naturellement les biens: car sans cela le partage des dettes se seroit fait *in viriles*, selon le droit primitif du partage des dettes auquel seul les creanciers sont tenus de s'attacher, ne reconnoissant point le partage à proportion de l'émolument: Mais la succession estant épuisée & n'y ayant aucuns biens de reste, & toute sorte de benefice cessant entre les coheritiers; il est vray de dire que les biens ne reglent plus les dettes. Cependant Godefroy & Beraut, qui touchent cette question sur l'article 346. de la Coutume de Normandie, semblent soutenir l'opinion contraire.

Cette question ne se peut presenter au respect d'un donataire ni d'un legataire universel: à cause du privilege qu'a l'un & l'autre de n'estre point tenu *ultra vires*.

76. Si en ce même cas on change le partage des dettes qui se devoit par

Je demande encore si ce même rencontre de dettes inopinées, qui paroissent aprés un partage, & qui évincent les heritiers de tous les biens de la succession, qui ne les acquittent pas même, arrivant dans la ligne directe, ou dans la ligne collaterale, dans le cas où l'on partage les biens par souches dans l'une & l'autre ligne, il faudra faire pas

image
not
available

1. Difference entre les dettes & les charges d'une succession.

IL y a une difference essentielle entre les dettes, & les charges d'une succession : car les dettes sont supposées avoir esté contractées par le défunt : ensorte qu'on l'a pû obliger luy-même de les acquitter ; au lieu que les charges naissent à l'occasion de sa succession. D'ailleurs, les dettes concernent l'heritier ; & les charges regardent principalement la succession, laquelle elles diminuent de plein droit : parce qu'elles se prennent par une espece de délibation. Enfin, tel est obligé aux charges, qui ne l'est pas aux dettes, & tel est tenu des dettes, qui ne l'est pas des charges : ainsi la veuve doüairiere porte les charges réelles & foncieres, quoiqu'elles ne soit pas tenuë des dettes au moins personnellement : de même, le gardien, lequel est tenu des dettes mobiliaires de la succession, par l'ouverture de laquelle ses enfans sont en garde, n'est point obligé aux charges de la même succession, comme le legs.

2. De la rente fonciere ou constituée sur le fonds sujet au doüaire.

Le premier exemple est donc celuy d'une rente fonciere, imposée sur l'heritage du mari avant la constitution du doüaire, laquelle est à la charge de la veuve doüairiere : parce que c'est la charge des fruits de l'heritage, sur lequel son doüaire doit estre pris, à la difference du relief qui est dû lors de la mort du mari, à cause de la mutation qu'elle produit de la proprieté du fief. Ensorte que la rente fonciere estant une charge de la joüissance, regarde la veuve doüairiere, & le relief estant une charge de la mutation du fond & de la proprieté, concerne l'heritier : au contraire, la rente constituée par le mari sur son propre, soit devant, soit aprés le mariage ; regulierement ne doit point estre acquittée par la veuve doüairiere ; quoique dans le dernier usage l'on veut que les rentes, que le mari a créées sur ses propres avant le mariage, diminuent le doüaire coutumier de la veuve sur ces mêmes propres, sans aucun recours contre les heritiers du mari : parce que l'on juge qu'elle n'a eu son doüaire, que sur le restant des propres du mari, ses dettes prélevées, ausquelles ils estoient affectez & hypotequez. Mais quoy qu'il en soit, la veuve n'est point tenuë personnellement de ces sortes de dettes.

3. Des legs

Le second exemple consiste dans les legs, qui ne sont point dettes, mais charges de la succession. Et c'est pour cela que nous venons de dire, que le gardien noble ou roturier ; quoique tenu des dettes mobiliaires, selon l'article 267. de la Coutume de Paris, n'est point obligé d'acquitter les legs, si ce n'est qu'ils soient remuneratoires pour chose qui produise action au legataire, auquel cas ils dégenerent en dettes mobiliaires. Aussi l'hypoteque des legs qui ne sont point la dette du défunt, mais bien une charge qu'il a im-

4. Que leur hypoteque est divisible entre les coheritiers.

posée à ses heritiers, n'ayant jamais esté solidaire en la personne du défunt : puisqu'il n'y a pas esté sujet, est divisible entre ses heritiers, quoique détempteurs d'immeubles, chacun n'en estant tenu hypotequairement, que pour sa part, & n'en estant tenu sur ses biens propres, que du jour de la condamnation. *In omnibus autem hujusmodi casibus, in tantum hypothecaria unumquemque conveniri, in quantum personalis actio adversus eum competit*, dit la Loy 1. *C. comm. de legat. & fideic.* si ce n'est que le legs soit de chose indivisible : car en ce cas, chaque heritier est tenu solidairement, à raison de la nature de la chose leguée.

5. Le legs universel ne se paye pas.

Les legs se divisent en legs universels & particuliers. Les universels ne s'acquittent point : mais comme ils comprennent une universalité de biens, des meubles & acquests, & de la quotité de propres, dont il est permis de disposer, l'on se contente d'en demander la délivrance : & par ce moyen le legataire universel devient une espece d'heritier obligé aux dettes ; mais ce qui est de plus important, tenu d'acquitter luy seul les legs particuliers, quand il est legataire indistinctement de tout ce qu'il est permis de leguer, sinon par contribution avec les heritiers, à proportion de l'émolument : & supposé qu'il les doive seul, les heritiers ont interest de veiller à ce qu'il s'en acquitte, & qu'il ne commence pas par consommer son legs universel, auquel cas, les legataires particuliers ne manqueroient pas de venir sur eux.

6. Le legataire universel tenu d'acquitter les legs particuliers.

7. Des legs particuliers de corps certains.

Les legs particuliers ne sont qu'une délibation ; & non pas une quotité de la succession : ils sont ou de corps certains ; ou d'une quantité certaine. Si de corps certains, ils se prennent sur ceux des heritiers ou des legataires universels, à qui ces corps certains auroient appartenu sans la disposition, sauf la reserve coutumiere des heritiers.

8. Des legs de quantité, & qu'ils sont à la charge du legataire universel.

Mais si la chose est évincée dans la suite par le Proprietaire, supposé que la garantie ait lieu, elle ne doit pas estre supportée par le seul heritier des biens, entre lesquels ce corps certain estoit reputé de la succession ; mais elle le doit estre par tous les heritiers en general, comme une dette ordinaire : & la garantie a lieu lorsque le testateur n'estoit pas ignorant du droit du veritable Proprietaire, *L. cum alienam C. de legat.* Mais si le testateur avoit un droit partiaire en la chose : par exemple, s'il y avoit une moitié par indivis, en leguant la chose, il n'est censé avoir voulu leguer, que sa moitié indivise : Que si le legataire ayant eu délivrance du total, en est évincé, il ne luy est dû aucune garantie. *L. servi electione §. fin. de legat.* 1. Enfin, si la chose d'autruy ayant esté leguée, les heritiers l'ont rachetée pour satisfaire au legs, & qu'elle soit depuis évincée par des creanciers du vendeur, il n'est point dû de garantie par les heritiers du testateur pour cette éviction ; mais ils sont seulement tenus de ceder au legataire leurs action contre le vendeur : ce qui resulte de la Loy *Fideicommisso 11. §. si quis decem 18. de legat. 3.*

Que si le legs est de quantité certaine, il se perçoit sur le legataire universel, s'il y en a un à qui on ait legué tout ce qu'il estoit permis de leguer.

9. Que si on n'a pas legué à ce

Ce legs a cela de particulier, qu'il ne perit jamais : car une quantité se peut toûjours recouvrer

image
not
available

d'acquitter les legs cu: sous bonne & suffisante caution, de rapporter au cas que ces procés ne réüssissent pas, & que les reserves coutumieres souffrissent quelque préjudice pour l'acquittement de ces legs particuliers.

15. Contribution entre coheritiers chargez de legs; mais dont quelques-uns sont chargez en leur particulier de legs d'especes certaines avec assignat sur leurs propres.

Que s'il y a des legs d'especes certaines à prendre sur quelques-uns des propres, & d'autres legs de quantité, & de sommes de deniers, sans assignat particulier, & des heritiers de diverses lignes, la contribution aux legs de sommes de deniers sans assignat, se doit faire à proportion de l'émolument: ensorte neanmoins que chaque ligne conserve sa reserve coutumiere en son entier. Tellement que la ligne chargée d'un legs d'especes certaines, paye moins à proportion des legs de quantité, & des sommes leguées sans assignat particulier; parce qu'elle a moins d'émolument dans la succession, & si le legs d'especes certaines qui se prend sur elle, & sa part à proportion de l'émolument dans la succession estant accumulez, le tout se trouve exceder, & préjudicier à la reserve coutumiere de cette ligne, il la faudra soulager de l'excedant, & luy conserver ses quatre quints. Nous avons déja dit quelque chose de la maniere dont se font ces réductions, au livre 2. chap. 4. nomb. 29.

16. De l'amortissement & de l'indemnité que les heritiers sont obligez de payer. Des raisons de douter contre cette jurisprudence.

L'amortissement & l'indemnité que les heritiers du testateur sont obligez de payer pour l'immeuble qu'il a legué à l'Eglise, ou purement & simplement, ou sous condition, est encore une charge que les Arrests leur ont imposée. Ils sont rapportez dans les livres les plus communs. Et quelques-uns prétendent que l'on a un peu trop étendu en ce point la faveur de l'Eglise, en obligeant par ce moyen des heritiers, d'augmenter quelquefois du tiers la liberalité du défunt: ce qui n'est fondé dans le Droit sur aucun exemple, qui soit précis. Car l'Autentique *similiter C. ad l. falcid.* qui dit, *similiter falcidia cessat in his quæ ad pias causas relicta sunt*, n'établit autre chose, sinon que par un privilege special de la cause pie, l'heritier ne fait aucune distraction à son profit particulier, qui diminuë le legs fait à l'Eglise. D'où l'on ne peut pas conclure, qu'un heritier qui ne retient rien de ce qui est donné à l'Eglise, soit obligé d'augmenter le don par une dépense si excessive.

Que si l'on dit que cet établissement est fondé sur la présomption de la volonté du testateur, qui a bien sçû que l'Eglise ne pouvoit profiter de sa disposition, si ses heritiers ne faisoient amortir l'heritage, ceux de ce parti répondent, qu'il suffit que des gens de main-morte puissent acquerir, quoiqu'ils ne puissent conserver sans amortissement, & qu'un legataire, si favorable qu'il puisse estre, ne peut demander aux heritiers que ce qui est necessaire pour acquerir, & non ce qui est necessaire pour se conserver en la possession: par exemple, il ne peut pas obliger l'heritier de payer pour luy le droit de relief, & n'a point de recours de garantie pour l'éviction, qui vient de son fait. Ce qui répond pareillement à la Loy *Cum servus 39. §. 1. de legat.* 1. qui dit, que quand le testateur a legué un esclave qui se trouve en fuite lors de sa mort, l'heritier doit fournir les frais pour faire arrester cet esclave, & à la Loy *Servum 44. §. si duos*, du même titre, qui decide, que si un testateur ayant deux heritages, dont l'un a son entrée par l'autre, legue l'usufruit du premier à un particulier, & la pleine proprieté du second à un autre, en ce cas, l'heritier doit racheter le passage, pour donner lieu au premier legataire de joüir de son usufruit: car ces obstacles sont dans la chose leguée, au lieu qu'icy l'obstacle est dans les personnes à qui on a legué, & ne concerne pas l'acquisition, mais la joüissance: Que si le Roy refuse l'amortissement, l'Eglise peut vendre, mais les heritiers sont préferez, en ce cas, en remboursant à l'Eglise la juste valeur de l'heritage, & sans estre tenus de luy payer la valeur de l'amortissement, ni de l'indemnité; quoique ce soit l'opinion de Maistre Charles du Molin sur *Joannes Galli; qu. 91.* qui cite cette Loy *Sed etsi res de legat. 1.* dont l'application seroit bonne, si le testateur avoit legué l'heritage amorti, & non quand il l'a legué purement & simplement.

Si le défunt a laissé quelque procés, ce sont charges de sa succession, & s'ils sont pour raison de ses propres, sa veuve qui doit prendre son douaire coutumier sur ces mêmes propres, est tenuë pour sa part & à proportion de son usufruit, des frais qui sont faits depuis l'ouverture du douaire, suivant l'article 264. de la Coutume de Poitou. 17. Des frais de procés.

La question est de sçavoir, comment ces frais se partagent entre heritiers dans des Coutumes qui avantagent les aînez nobles, ou même les roturiers, non seulement par forme de préciput, comme fait la Coutume de Paris, art. 15. pour les biens nobles; mais qui les avantagent par forme de quotité dans toute sorte de biens, comme fait la Coutume d'Anjou, art. 222. à l'égard des successions nobles: car quelle justice y a-t-il que l'aîné ayant les deux tiers dans tous les biens, ne paye que sa part virile des frais des procés, dont ces mêmes biens dépendent quelquefois?

Pour moy j'estime qu'en ces occasions il faut distinguer les Coutumes, & qu'à Paris les frais d'un procés intenté par le défunt, & poursuivi par ses heritiers, se doivent partager par portions viriles; parce que la Coutume de Paris n'avantage les aînez que par préciput, comme il vient d'estre dit, & si elle leur donne une plus grande portion, ce n'est que dans un certain genre de biens, & dans les fiefs seulement. Il n'en est pas de même en Anjou, où en succession noble & en directe l'aîné a les deux tiers dans tous les biens, & où il est juste qu'il paye seul tous les frais: Aussi est-il chargé de toutes les dettes, ses puînez n'estant pas heritiers, mais bienfaiteurs: si ce n'est qu'il s'agisse dans un procés, du recouvrement d'un bien engagé par contrat pignoratif, ou par un veritable remeré: auquel cas, l'aîné qui est obligé d'avancer ces frais, pourroit diminuer sur l'usufruit des puînez, l'interest de leur part de ces frais, qui se regleroient par tiers comme la succession. Il n'en seroit pas de même en succession noble & en ligne collaterale, où les puînez estant heritiers proprietaires de leurs parts & portions, doivent le tiers de ces frais: Et à l'égard des successions roturieres, l'aîné n'ayant dans ces Coutumes qu'un préciput dans certains biens, & dans les terres homagées, & en tierce foy, il ne payera que sa part virile de ces frais: comme il fait des dettes de la succession.

Cependant il faut avoüer que les Commentateurs de la Coutume d'Anjou, ne se sont pas accordez sur ce point. Maistre René Chopin, *lib. 2. de feud. Andeg. tit. 5. de heredit. feud. onerib.* estimant que les puînez partagent ces frais également, & non pas à proportion de l'émolument: au contraire, Loüis de Malicot, sur l'art. 253. de la Coutume du Maine, estant d'avis qu'ils se doivent partager à proportion de l'émolument, suivant la Loy 1. *§. qui minorem ff. ut legat.* & la Loy 2. *§. cum in ff. ad l. Rhodiam de jactu.* A mon égard je suis icy la maniere de payer les dettes

image
not
available

l'acheteur a la même exception de dol contre luy, que si cet heritier avoit vendu luy-même, & estoit devenu proprietaire dans la suite : ce qui feroit subsister la vente.

26. *Quid* si la vente, ou autre alienation estoit prohibée pour un interest public.

Il y a pourtant quelque distinction à faire dans ce premier cas même, où l'on suppose que le demandeur en désistement est seul heritier du vendeur, & où on l'exclut de son désistement par cette raison qu'il est seul tenu des faits du défunt: car il faut examiner si le défunt n'avoit point fait cette alienation au préjudice d'une prohibition fondée sur un interest public : par exemple, si un pere ayant deux enfans, un fils & une fille, fait une donation à sa fille de tous ses fiefs, qui dans la suite se trouvent composer la meilleure partie de ses biens : comme il fait cela au préjudice & en fraude du droit d'aînesse, & au préjudice des défenses que la Loy luy fait de transferer les droits d'aînesse de sa succession à d'autres qu'à son aîné, principalement à une fille, & comme ces défenses sont fondées sur un interest public, en ce cas, la revendication est reçûë, quoique l'aîné se porte heritier, & même qu'il demeure seul heritier, en consequence de la renonciation de sa sœur, qui se tient à son don. C'est l'opinion de Maistre Charles du Molin, sur l'art. 8. de la Coutume de Paris, glose 3. nombre. 22. & de Monsieur d'Argentré, sur l'art. 419. de la Coutume de Bretagne, gl. 3. & c'est ce que nous avons établi cy-dessus, liv. 2. chap. 2. sect. 1. nomb. 45. La raison de cela est, que l'homme ne doit pas régir la Loy, mais qu'au contraire elle le doit gouverner, & que personne ne peut empêcher que les Loix n'ayent lieu dans sa succession. L'on donne donc, en ce cas, au fils une action utile revocatoire par laquelle il revoque la donation faite au préjudice de son droit d'aînesse.

Il en seroit de même si le pere avoit vendu ses fiefs en fraude de ce même droit, l'acheteur estant participant de la fraude : (ce qui est neanmoins plus difficile à prouver.) Quoiqu'en ce cas, le fils unique heritier pouvant revendiquer, seroit tenu de restituer le prix qui auroit esté reçû par le pere.

27. *Quid* si le demandeur en désistement a des coheritiers, peut-il évincer l'acheteur.

Que si l'heritier qui revendique son bien vendu par le défunt, a des coheritiers, & qu'il s'agisse d'une alienation, qui n'ait point esté prohibée par un interest public, en ce cas c'est une question assez importante de sçavoir, si le fils heritier en partie, n'est pas exclut de pouvoir revendiquer, non-seulement pour la partie dont il est heritier, mais pour tout. Car il est

Raisons pour le défendeur en désistement.

28. Que l'obligation de défendre a la garantie, est solidaire entre coheritiers.

décidé dans le Droit, que les heritiers du vendeur sont obligez solidairement de prendre le fait & cause de l'acheteur, & de défendre à l'éviction : C'est la disposition de la Loy *Si rem 62. §. 1. ff. de evictionibus*, qui dit, *si ei qui mihi vendidit, plures heredes extiterunt, una de evictione obligatio est, omnibusque denuntiari & omnes defendere debent : si de industria non venerint in judicium, unus tamen de his litis subsistit, propter denuntiationis vigorem & prædictam absentiam, omnibus vincit, aut vincitur, rectèque cum cæteris agam, quod evictionis nomine victi sim.* Et quoique cette Loy ne parle que de l'obligation solidaire de chacun des heritiers, de défendre en Justice à léviction en consequence de la garantie, neanmoins elle semble décider la question : car celuy qui est obligé de défendre à l'action d'éviction, comme garant, ne peut pas intenter luy-même l'action de désistement, suivant la regle qui dit, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellet exceptio.*

Aussi la garantie, en ce cas, estant d'empêcher l'éviction, semble estre indivisible, suivant la Loy 2. §. 2. *ff. de verb. obligation.* qui dit à ce sujet, *Non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur.* L'acheteur a droit de demander contre chacun des heritiers; & à plus forte raison contre le demandeur en désistement, qu'il ait à le garantir de l'éviction, comme le défunt auroit esté obligé de l'en garantir, sauf son recours contre ses coheritiers. Les Docteurs disent, que les heritiers ne sont point coheritiers entr'eux, *collectivè, sed distributivè, nec ut universi, sed ut singuli*, & de fait ils ne font pas entr'eux une communauté ni un college : Ainsi dans les choses indivisibles, l'on se peut adresser à chacun d'eux en particulier, pour executer l'obligation, suivant la Loy *Ea quæ 192. de divers. regul. jur.* qui dit, *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida a singulis heredibus debentur.* Il n'en seroit pas de même d'une Ville, ou d'une Communauté. Enfin, le Droit a décidé la chose pour une servitude promise par le défunt, comme celle d'un passage, en reglant que les heritiers sont obligez chacun solidairement de fournir ce passage, & c'est la disposition de la Loy *Heredes 25. §. 9. & 10. ff. familiæ erciscundæ.* Et cette derniere Loy ne laisse aucun équivoque, disant, *Quia singuli in solidum tenentur.* D'où il suit que l'obligation estant solidaire en cette occasion contre chacun des heritiers, de défendre à l'éviction demandée par des étrangers : à plus forte raison elle est aussi solidaire contre chacun d'eux pour les empêcher de demander l'éviction.

Ces raisons semblent justifier que la même décision doit avoir lieu, au cas que les coheritiers ne soient point détempteurs d'immeubles, parce que ce n'est pas en vertu de l'action hypotequaire qu'ils sont obligez solidairement à cette garantie, & que par consequent aucun d'eux ne peut intenter luy même l'action de désistement, mais c'est une consequence de la nature de l'obligation, qui est un droit indivisible, consistant à défendre l'acheteur, & à faire cesser le trouble qui luy est formé.

Enfin, si la Loy *Cum à matre 14. C. de rei vendicat.* semble contraire, en ce que parlant d'un fils, qui revendique sa maison venduë par sa mere, elle dit : *Quod si venditricis obtines hereditatem, doli mali exceptione pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis.* L'on peut dire, qu'elle porte elle-même la réponse, puisqu'elle est dans le cas d'un acheteur, qui sçavoit parfaitement que la mere luy vendoit une maison qui ne luy appartenoit pas, mais à son fils, & qui ne pouvant demander de garantie pour cette raison, ne pouvoit pas non plus l'opposer au fils qui revendiquoit sa maison, suivant la Loy *Si fundum sciens C. de evict.* Aussi cette Loy *Cum à matre* commence ainsi : *Cum à matre domum filii, te sciente, comparasse proponas.*

Raisons pour l'heritier demandeur en désistement.

L'on peut dire au contraire, & c'est l'opinion la plus veritable, que l'heritier qui revendique son heritage, qui a esté alienė par le défunt, ne souffre obstacle dans sa revendication, que pour telle part & portion qu'il est heritier : car il est juste que le seul titre d'heritier produisant la garantie, qui sert de défense à l'acheteur, il ne la produise qu'à proportion de ce que le demandeur en désistement est tenu des obligations & des

image
not
available

desheritez, qu'il y oblige le conjoint qui survit, qu'il y exhorte les esclaves même, & les affranchis du défunt : afin que cette vengeance estant imposée à tant de personnes, il s'en trouve au moins quelqu'une qui s'en acquitte, & qui poursuive la vindicte de celuy de tous les crimes qui est le plus inhumain. Nous avons ajoûté qu'il y avoit neanmoins de certaines rencontres, où les heritiers pouvoient transiger avec l'assassin : lors principalement que le crime estoit remissible de la part du Prince, & que le défunt l'a pardonné avec justice, ou qu'il est vray-semblable qu'il l'eût pardonné, s'il en eût eu le temps. Mais souvent

31. Des compositions avec l'accusé.

les heritiers ne s'accordent pas dans ces occasions; les uns voulant poursuivre, les autres voulant composer. Sur quoy l'on peut demander si l'assassin transigeant avec quelques-uns des heritiers, est à couvert à l'égard des autres? La raison de douter est, qu'il est constant que chacun des heritiers en particulier est partie capable à l'effet de poursuivre la vengeance de la mort du défunt, & que chacun a ce droit solidairement : d'où il semble qu'on doit aussi conclure que chacun d'eux est partie suffisante, pour en transiger, & que la transaction faite avec un des heritiers, doit fixer les poursuites de tous les autres.

32. Qu'elles doivent estre faites avec la plus grande partie des heritiers.

Il faut dire neanmoins que cette transaction sera inutile, si elle n'est faite avec la plus grande partie des heritiers : car quoy qu'il soit vray que chacun des heritiers est partie capable pour venger la mort du défunt, il ne s'ensuit pas que chacun d'eux puisse arrester le cours de la vengeance par une transaction: Et il y a bien de la difference entre dire que chacun peut venger, & dire que chacun peut remettre la vengeance. Celuy qui poursuit la vengeance n'en oste point la faculté à ses coheritiers, qui peuvent intervenir en l'instance criminelle; sinon il est censé poursuivre pour eux, & soutenir la cause commune de tous les heritiers: il n'y a rien dans son action qui détruise le droit de vindicte, qui appartient à chacun de ses coheritiers; au contraire son action soutient ce droit, elle le met à execution : ainsi son procedé est regulier. Il n'en est pas de même de celuy qui transige avec l'assassin : car si chacun des coheritiers avoit le droit de composer seul avec l'assassin, ensorte que cette transaction abolît la vindicte du crime, il s'ensuivroit que chacun des heritiers pourroit oster aux autres le droit de venger la mort du défunt, ce qui ne se peut pas: C'est ainsi que chacun des cotuteurs ayant droit de passer toutes sortes d'actes qui concernent la tutelle, chacun d'eux en particulier n'a pas droit de consentir l'adoption du pupille qui finit la tutelle: dautant que par ce moyen il osteroit la tutelle aux autres, & c'est la disposition de la Loy derniere *C. de auctoritate praestanda.*

33. Disposition de la Coutume de Hainaut sur la paix d'homicide.

La Coutume de Hainaut a des dispositions particulieres sur ce sujet au chap. 19. intitulé *de paix d'homicide en ligne directe :* car elle dit que pareille transanction, qu'elle appelle *paix d'homicide*, doit estre faite avec le conjoint survivant, & avec le fils aîné s'il est majeur de 15. ans; sinon, avec le seul survivant. Et que cependant le prix de la composition sera partagé par moitié entre le survivant, & tous les enfans : Qu'en l'absence de l'aîné on peut transiger avec le second fils, supposé aussi qu'il ait 15. ans, & que s'il y a fils & fille, l'acte devra estre fait avec le survivant & le fils, supposé qu'il soit âgé; sinon avec la fille, pourvû qu'elle soit aussi âgée : que quand le défunt n'a point laissé d'enfans, on peut transiger avec les pere & mere survivans, qui profiteront seuls du prix de la composition; mais que s'il n'a laissé qu'un pere ou une mere seulement : alors le traité devra estre fait avec le pere survivant, & les profits se partageront entre luy & les freres & sœurs: Qu'enfin si celuy qui a esté tué estoit fils unique & qu'il n'ait point laissé d'enfans, les pere & mere, ou le survivant des deux auront tout le prix de la composition. Et au chapitre 20. suivant, cette Coutume fait plusieurs autres reglemens pour la paix d'homicide en ligne collaterale.

Que si dans nostre Droit commun un heritier ne peut pas composer en pareil cas, sans la participation de ses coheritiers, il ne s'ensuit pas que l'opiniâtreté d'un seul puisse faire obstacle à une composition qui est raisonnable, & on a égard à la plus forte voix : cependant elle ne dépend pas toûjours du nombre des personnes : mais elle dépend principalement de l'interest qu'elles ont dans la succession. *L. majorem 8. ff. de pactis.* Que si les interests estant à peu prés égaux, les voix estoient partagées, en ce cas, on pourroit considerer le nombre. *L. ult. C. qui bonis cedere possunt.* Que si les heritiers égaux en interests, & en nombre, se trouvoient partagez, on considereroit le merite & le poids des personnes, & toutes choses égales, il faudroit suivre le parti de ceux qui veulent remettre le crime, & composer des dommages & interests, suivant cette même Loy derniere, qui dit, *Si verò undique aequalitas emergat, tam debiti, quam numeri creditorum, tunc eos anteponi qui ad humaniorem declinant sententiam.* Mais le ministere public que nostre Droit attache à la vengeance de ces sortes de crimes, au lieu de toutes les précautions du Droit Romain, dont nous avons parlé, rend souvent toutes ces contestations inutiles. — 34. *Quid si* les heritiers ne s'accordent pas.

A l'égard du profit de la composition, & de la reparation civile, il appartient à la veuve & aux enfans, & ils le doivent partager par moitié, suivant l'article 1. du chapitre 19. de la Coûtume de Hainaut. Cette Coutume decide neanmoins que les enfans du mariage, durant lequel le pere a esté tué, sont préferez aux enfans des précedens mariages, & que ceux-cy n'ont part qu'au défaut des autres à cette reparation civile. S'il n'y a que des enfans, ils en profiteront seuls, s'il y a des enfans & des petits-enfans, le partage se fera par souches : car la representation n'a pas moins lieu pour les choses qui viennent par droit de sang, que pour celles qui viennent à titre de succession : comme il paroist dans le retrait & dans le retranchement qui se fait en vertu de l'Edit des secondes nôces. — 35. Comment se partage le profit de cette composition, ou de la reparation civile.

S'il y a d'autres heritiers avec la veuve, elle partage par moitié, comme elle fait avec ses enfans, selon la même Coutume de Hainaut, chap. 20. art. 1. Mais la difficulté est de sçavoir quel ordre on doit tenir entre les heritiers pour les appeller à ce genre d'émolument, & si l'on doit suivre exactement l'ordre des successions, ou l'ordre de l'affection naturelle. Et premierement, il faut dire qu'on ne s'attache pas précisément à l'ordre des successions, puisque la femme y vient toûjours la premiere, & pour la meilleure part, quoy qu'elle soit la derniere dans l'ordre des successions, & qu'avant les Empereurs Theodose & Valentinien, il n'estoit point fait mention dans le Droit de la succession d'entre mari & femme, ausquels on ne donnoit que la possession des biens, qui estoit un secours extraordinaire du Préteur. Aussi les puînez d'Anjou, quoique l'aîné y ait tous les meubles, ou ceux de Ponthieu, quoique l'aîné y soit seul heritier, ne laisseront de prendre part à ce profit. — 36. *Quid* s'il y a d'autres heritiers que des enfans. — 37. Qu'il faut s'attacher pour ce partage à l'ordre naturel, & considerer aussi l'ordre des successions.

2. On ne peut pas neanmoins s'attacher si fort

image
not
available

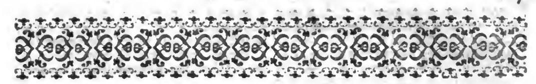


TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES ET QUESTIONS PRINCIPALES DE DROIT, CONTENUES EN CE TRAITÉ DES SUCCESSIONS.

Ce qui est ajouté de nouveau, est précedé de cette marque ☞

A

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image not available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

C

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image not available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

L

image not available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

R

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

image
not
available

Fin de la Table des Matieres.

image
not
available

image
not
available